

القول عند

للمحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن زجب الحنبلي الموفى ٧٩٥ هـ

في الفقه الاسلامي

الطبعة الاولى ١٣٥٢ هـ - ١٩٣٣ م

بنفقة الشيخ الجليل فوزان السابق

و

بمكتبة ابن النجاشي

لاحت إمام أولاد محمد أمين الحنبلي
شارع عبدالعزير بمصر

كلمة للناس

الحافظ ابن رجب الحنبلي من كبار رجال العلم في المائة الثامنة ، فقيه ، محدث ، واعظ ، مؤرخ . له في هذه العلوم جميعها مؤلفات مشهورة لها مكاتبا عند العلماء وقد طبع منها الكثير [وكتابه القواعد] هذا الذي تقدمه للقراء الكرام ورواد العلم وعشاق المعرفة من أجود كتبه واندرها وجودا يدل على معرفة تامة بالمذهب .

و كنت احتفظت منه بنسختين فيهما خروم ابتغاء طبعه ولما يست من اكمالهما بعثتهما لدار الكتب المصرية اذ هي خزانة العلم في الشرق جميعه معتمداً للبحث والتنقيب عن نسخة كاملة وقد شاء الله تحقيق هذه النية الصالحة فمئرت على نسخة كاملة قديمة لا تتجاوز مخطوطات عهد المؤلف وقدما كان الشيخ الجليل فوزان السابق معتمد المملكة العربية السعودية بالقاهرة ايدها الله بنصر من عنده يد لنا يد المساعدة على نشر مثل هذه الاسفار الجليلة خدمة للعلم وابتهاء مرضاة الله تعالى ولما عرضت على حضرة رغبتي في طبع هذا الاثر النادر الكثير الفائدة سارع حفظه الله تعالى الى المساعدة بنصف نفقات طبعه

فها نحن تقدمه للقراء الكرام بعد معارضة نسختنا المحفوظة يدنا على نسختي دار الكتب المرصودتين تحت رقمي ٧١١ ، ٧١٢ من فن الاصول والاشارة الى ما بينهما وبين نسختنا من اختلاف بأفضل الصفحة والذي بين المربعين [] زيادة عن نسختنا مع العناية بدقة التصحيح وجودة الورق وحسن الوضع ، ومن الله جل شأنه نسند التوفيق والاعانة ؟
محمد أمين

تحريرا في أوائل المحرم سنة ١٣٥٢
الموافق شهر مايو سنة ١٩٣٣

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

(رب ينر وأعن)

قال الشيخ الامام العالم العلامة أبو الفرج زين الدين لعبد الرحمن بن رجب الحنبلي تغمدہ
الله برحمته وأسكنه فسيح جنته .

الحمد لله الذي مهد قواعد الدين بكتابه المحكم ، وشيد معاهد العلم بخطابه وإحكام ، وفقه
في دينه من أراد به خيراً من عباده وفهم ، وأوقف من شاء على ماشاء من أسرار مراده وأهم ،
فسبحان من حكم فاحكم ، وحلل وحرم ، وعرف وعلم ، علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم ،
وأشهدان لا إله إلا الله وحده لا شريك له شهادة تهدي الى الطريق الاقوم ، وأشهد أن محمداً عبده
ورسوله المخصوص بجوامع الكلم وبدائع الحكم ، وودائع العلم والحلم والكرم ، صلى الله عليه وعلى
آله وصحبه وسلم .

• اما بعد ، فهذه قواعد مهمة وفوائد جمة ، تضبط للفقهاء أصول المذهب ، وتطلعهم من مأخذ الفقه
على ما كان عنه قد تغيب . وتنظم له مشور المسائل في سلك واحد ، وتفيد له الشوارد ، وتقرب عليه
كل متباعد ، فليتمعن (١) الناظر فيه النظر ، وليوسع العذر ان اللبيب من عذر . فلقد سنح بالبال على
غاية من الاعمال ، كالارتجال او قريبا من الارتجال ، في ايام يسيرة وليال . ويأني الله العصمة
لكتاب غير كتابه ، والمنصف من اغترق قليل خطأ المرء في كثير صوابه ، والله المستولان يوفقنا
لصواب القول والعمل ، وأن يردقنا اجتناب أسباب الزيغ والزلل ، انه قريب مجيب لمن سأل ،
لا يخيب من إياه رجا وعليه توكل .

(القاعدة الأولى)

الماء الجاري هل هو كالراكد أو كل جرية منه لها حكم الماء المتفرد . فيه خلاف في المذهب ينبنى
عليه مسائل :
(أحدها) لو وقعت فيه نجاسة فهل يعتبر مجموعه ، فان كان كثيراً لم ينجس بدون تذر
والا نجس او تعتبر كل جرية بانفرادها فان بلغت قلتين لم ينجس والا نجست . فيه روايتان

حكماهما الشرازي وغيره (والثانية) المذهب عند القاضي والثانية لو غمس الاناء النجس في ماء جار ومرت عليه سبع جريات فهل ذلك غسلة واحدة أو سبع غسلات ، على وجهين : حكاهما أبو الحسن بن الغازي تلميذ الأمدى ، وذكر أن ظاهر كلام الأصحاب أن ذلك غسلة واحدة ، وفي شرح المذهب للقاضي : أن كلام أحمد يدل عليه ، وكذلك لو كان ثوباً ونحوه وعصره عقيب كل جرية . (والثالثة) لو انغمس المحدث حدثاً أصغر في ماء جار للوضوء ومرت عليه أربع جريات متوالية فهل يرتفع بذلك حدثه أم لا . على وجهين : أشهرهما عند الأصحاب أنه يرتفع (١) حدثه . وقال أبو الخطاب في الانتصار : ظاهر كلام أحد أنه لا يرتفع حدثه لأنه لم يفرق بين الجارى والراكدة . قلت : بل لنص أحمد على التسوية بينهما في رواية محمد بن الحكم ، وأنه إذا انغمس في دجلة فإنه لا يرتفع حدثه حتى يخرج حدثه مرتباً (والرابعة) لو حلف لا يقف في هذا الماء وكان جارياً لم يحث عند أبي الخطاب وغيره ، لأن الجارى يتبدل ويستخلف شيئاً فشيئاً ، فلا يتصور الوقوف فيه . وقياس المنصوص أنه يحث ، لاسيما والعرف يشهد له والإيمان مرجعها إلى العرف ، ثم وجدت القاضي في الجامع الكبير ذكر نحو هذا [والله اعلم] .

(القاعدة الثانية)

شعر الحيوان في حكم المنفصل عنه لا في حكم المتصل ، وكذلك الظفر . وهذا هو جادة المذهب ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) إذا مس شعر امرأة بشهوة لم ينتقض وضوؤه ، وكذلك ظفرها أو مسها بظفره أو شعره (٢) ولغذه المسألة مأخذ آخر : وهو أن هذه الأجزاء ليست بمحل للشهوة الأصلية ، وهي شرط لنقض الوضوء عندنا (ومنها) أن الشعر لا ينجس بالموت ولا بالانفصال على المذهب ، وكذا ما طال من الظفر على احتمال فيه ، أما على المشهور فإن انفصل من آدمى لم ينجس على الصحيح ومن غيره ينجس ، لأنه كانت فيه حياة ثم فارقت حال انفصاله فتبعه الاتصال من التجسس فإذا انفصل زال المانع فنجس (ومنها) غسله في الجنابة والحديث . فاما الجنابة ففي وجوب غسله وجهان والذي رجحه صاحب المغنى وذكر أنه ظاهر كلام الخرقى عدم الوجوب طرداً للقاعدة ، ومن أوجهه فيقول : وجب تعبدًا . نعم أن كان وصول الماء إلى البشرة لا يمكن بدون غسله وجب لضرورة وجوب إيصال الماء إلى ماتحته ، وأما في الحدث الأصفر فلا يجب غسل المسترسل منه على الصحيح ، وأما المخاضى لمحل الفرض فيجزى أمرار الماء على ظاهره إذا كان كثيفاً ، لأن إيصال الماء

الى الحوائل في الوضوء كاف وان لم تكن متصلة بالبدن اتصال خلقة كالخف والعمامة والجبيرة فالمتصل خلقة أولى (ومنها) لو اضاف طلاقاً أو عتاقاً أوظهاراً إلى الشعر أو الظفر لم يثبت به الطلاق ولا العتاق ولا الظهار على الأصح (ومنها) لو كان جيبه واسعاً تری منه عورته في الصلاة لكن له الحية (١) كبيرة تستره فالمذهب أنه يكفيه في السر ، قال المفتي : نص عليه مع أنه قرر في كتاب الحج أن السر متصل كاليد ونحوها لا فدية فيه . وخالفه صاحب شرح الهداية وقال : هو ستر في الموضعين وتردد فيه القاضي في شرح المذهب فجزم تارة بان السر متصل ليس بستر في الاحرام ولا في الصلاة ثم ذكر نص أحمد ورجع إلى أنه ستر في الصلاة دون الاحرام ، لأن القصد في ستر الصلاة تعقيب لون البشرة وفي الاحرام انما يحرم السر بما يستر به عادة . فاما إيجاب الفدية به وضمانه من الصيد وتحريم نظره على الاجنبی ، فلا يتعلق بجملته البدن من ازالته جمالاً وتأذى الصيد بترويعه واثبات اليد عليه ، وهو ممتنع ، والافتتان بالمرأة ولهذا لو انفصل شعر المرأة جاز النظر اليه على ظاهر كلام أبي الخطاب في الاتصاف وحكى صاحب التلخيص فيه وجهين .

(القاعدة الثالثة)

من وجبت عليه عبادة فأتى بما لو أقصر على مادونه لاجزأه هل يوصف الكل بالوجوب أو قدر الاجزاء منه . ان كانت الزيادة متميزة منفصلة فلا اشكال في أنها قل بالفرادها كأخراج صاعين منفردين في الفطرة ونحوها (٢) ، وأما ان لم تكن متميزة ففيه وجهان مذكوران في أصول الفقه وينبئ عليه مسائل :

(منها) اذا أدرك الامام في الركوع بعد فوات قدر الاجزاء منه هل يكون مدرأه في الفريضة . ظاهر كلام القاضي وابن عقيل تخريجها على الوجهين اذا قلنا لا يصح اقتداء المفترض بالمتفل قال ابن عقيل ويحتمل أن تجرى الزيادة مجرى الواجب في باب الاتباع خاصة اذا الاتباع قد يسقط الواجب كما في المسبوق ومصلی الجمعة من امرأة وعبد ومسافر (ومنها) اذا وجب عليه شاة فذبح بدلة فهل كلها واجبة أو سبعا . على وجهين (ومنها) اذا أدى عن خمس من الابل بعيراً وقلنا يجزیه فهل الواجب كله أو خمسة الواجب . حكى القاضي ابو يعلى الصغير فيه وجهين : فعلى القول بأن خمسة الواجب يجزیه عن عشرين بعيراً ايضاً ، وعلى الآخر لا يجزیه عن العشرين الا أربعة ابعة (ومنها) اذا مسح رأسه كله دفعة واحدة وقلنا الفرض منه قدر الناصية فهل الكل فرض أو قدر الناصية منه (ومنها) اذا اخرج في الزكاة سناً اعلى من

(١) بنسخة الدارجلة وهو تصحيف (٢) بالأصل ونحوه

الواجب فهل كله فرض أو بعضه تطوع ، قال أبو الخطاب كله فرض وقال القاضى بعضه تطوع وهو الصواب ، لأن الشارع اعطاه جبراً ناعن الزيادة ، فاما ما كان الأصل فرضيته وجوبه ثم سقط بعضه تخفيفاً فاذا فعل الأصل وصف الكل بالوجوب على الصحيح ، فن ذلك اذا صلى المسافر أربعاً فان السكك فرض في حقه وعن أبي بكر أن الركعتين الأخيرتين تنفل (١) لا يصح اقتداء المفترض به فيها وهو متمش على أصله وهو عدم اعتبار نية القصر ، والمذهب الأول ومنه اذا كفر الواطى في الحيض بدنيار فان السكك واجب وان كان له الاقتصار على نصفه ذكره في المغنى ، ويتخرج فيه وجه من قول أبي بكر فاما ان غسل رأسه بدلا عن مسح وقلنا بالاجزاء ففى السائل منه وجهان احدهما انه مستعمل في رفع حدث لأن الأصل هو الغسل واما سقط تخفيفاً ، والثانى وهو الصحيح انه مظهر لأن الغسل مكروه فلا يكون واجبا وقد يقال والاتمام في السفر مكروه أيضا .

(القاعدة الرابعة)

العبادات كلها سواء كانت بدنية أو مالية أو مركبة منها لا يجوز تقديمها على سبب وجوبها ويجوز تقديمها بعد سبب الوجوب وقبل الوجوب أو قبل شرط الوجوب ويتفرع على ذلك مسائل كثيرة :

(منها) الطهارة سبب وجوبها الحدث وشرط الوجوب فعل العبادة المشروط لها الطهارة فيجوز تقديمها على العبادة ولو بالزمن الطويل بعد الحدث (ومنها) الصلاة فيجوز تقديم صلاة العصر الى وقت الظهر ، والعشاء الى وقت المغرب لأن الشارع جعل الزوال سببا لوجوب الصلاتين عند العذر دون عدمه ، ولهذا وادرك جزءا من وقت الزوال ثم طرأ عليه عذر لزمه قضاء الصلاتين على احدي الروايتين ، ولو زال العذر في آخر وقت العصر لزمه الصلاتان بلا خلاف عندنا فلم ان الوقتين قد صاروا في حال العذر كالوقت الواحد ، ولكنه وقت جواز بالنسبة الى احدهما ووجوب بالنسبة الى الاخرى (ومنها) صلاة الجمعة فان سببها اليوم لانها تضاف اليه فيجوز فعلها بعد زوال وقت التهي من أول اليوم وان كان الزوال هو وقت الوجوب (ومنها) زكاة المال يجوز تقديمها من أول الحول بعد كمال النصاب (ومنها) كفارات الاحرام اذا احتجج اليها العذر فان العذر سببها فيجوز تقديمها بعد العذر وقبل فعل المحظور (ومنها) صيام التمتع والقران فان سببه العمرة السابقة للصح في أشهر ، فبالشروع في احدها العمرة

قد وجد السبب فيجوز الصيام بعده وإن كان وجوبه متأخراً عن ذلك . وأما **الخطاب** فقد التزمه أبو الخطاب في انتصاره ، ولنا رواية أنه يجوز ذبحه لمن دخل قبل العشر لمصلحة عليه إلى يوم النحر وعلى المشهور لا يجوز في غير أيام النحر لأن الشرع خصها بالذبح (ومحله) كفارة اليمين يجوز تقديمها على الحنث بعد عقد اليمين مالية كانت أو بدنية (ومنها) إخراج كفارة القتل أو الصيد بعد الجرح وقبل الزهوق (ومنها) النذر المطلق نحو أن شفى أعمى حتى فله على أن أتصدق بكذا فله أن يتصدق في الحال ذكره ابن عقيل في فتوه .

ويلتحق بهذه القاعدة ما يجوز تقديمه على شرط وجوبه بعد وجود سببه من غير العبادات ، كالأبوة من الدية بين الجنائية والموت وأما من القصاص ففيه روايتان وكثيرة المضمون عنه للضامن الدين بين الضمان والآداء وفيه وجان وكفو الشقيع عن الشفعة قبل البيع وفيه روايتان ، فإن سبب الشفعة الملك وشرطها البيع ، وأما إسقاط الورثة حقهم من وصية الموروث في مرضه فالتصوص عن أحد أنه لا يصح وشبهه في موضع بالعفو عن الشفعة ، فخرجه الشيخ مجد الدين في تعليقه على الهداية على روايتين وكايتاه (١) المكاتب ربع الكتابة بعد عقدها وقبل كمال الآداء وهو جائز .

(القاعدة الخامسة)

من عجل عبادة قبل وقت الوجوب ثم جاء وقت الوجوب وقد تغير الحال بحيث لو فعل المعجل في وقت الوجوب لم يجزئه فهل تجزئه أم لا هذا على قسمين :

(أحدهما) أن يتبين الخلل في نفس العبادة بأن يظهر وقت الوجوب أن الواجب غير المعجل ولذلك صور (منها) إذا كفر بالصوم قبل الحنث ثم حنث وهو موسر قال صاحب المغني لا يجزئه لأننا بينا أن الواجب غير ما أتى به واطلاق الأكثر [ين] مخالف لذلك لأنه كان فرضه في الظاهر فبرئ به وانخلت يمينته بمعنى أنها لم تبق منعقدة بالتكفير فصادف فعل المحلوف عليه ذمة بريئة من الواجب فلم يحصل به الحنث ، لأن الكفارة حلت . وقد صرح أبو بكر عبد العزيز بأن الكفارة قبل الفعل تحل اليمين المنقذة وبعده تكفر أثر المخالفة (ومنها) إذا كفر المتمتع بالصوم ثم قدر على الهدى وقت وجوبه فصرح ابن الزاغوني في الاقتناع بأنه لا يجزئه الصوم واطلاق الأكثرين يخالفه ، بل وفي كلام بعضهم تصريحه وربما أشعر كلام أحمد بذلك لأن صومه صح فبرئت ذمته به فصادف وقت وجوب الهدى ذمة بريئة من عبادة الواجب (ومنها) إذا عجل عن أربع وعشرين من الأبل أربع شياه ثم نتجت وأخذ

قبل الحول ففيه وجهان أحدهما : لا يجزئته ويجب عليه إخراج بنت مخاض . والثاني يجزئته من العشرين ويخرج عن الباقي خمس بنت مخاض ولا يقال انه يجب عليه شاة عن الحنث الزائدة التي لم يؤد عنها ثلثا يفضي الى إيجاب خمس شياه عن خمس وعشرين (ومنها) اذا صلى الصبي في أول الوقت ثم بلغ ففى وجوب الامادة وجهان المنصوص انه يجب واختار القاضى فى شرح المذهب خلافه لأنه فعل المأمور به فى أول الوقت فصادفه وقت الوجوب وقد فعل المأمور فامتنع تعلق الوجوب بذلك ، وهذا بخلاف ما إذا حج ثم بلغ فان حجه ليس بمأمور به ولا معاقب على تركه بخلاف الصلاة .

(والقسم الثانى) ان يبين الخلل فى شرط العبادة المعجلة فالصحيح انه يجزئته ويتفرع عليه مسائل (منها) اذا عجل الزكاة الى فقير مسلم فحال الحول وقد مات أو ارتد أو استغنى عن غيرها (ومنها) اذا جمع بين الصلاتين فى وقت اولهما بتيمم ثم دخل وقت الثانية وهو واجد للام (ومنها) اذا قصر الصلاتين فى السفر فى وقت اولهما ثم قدم قبل دخول وقت الثانية .

(القاعدة السادسة)

إذا فعل عبادة فى وقت وجوبها يظن انها الواجبة عليه ثم تبين بأخرة ان الواجب كان غيرها فانه يجزئته ولذلك صور :

منها اذا أحج المعصوب (١) عن نفسه ثم برى فانه يجزئته على المذهب لأنه فعل الواجب عليه فى وقته لاسيما ان قيل ان ذلك عليه على الفور (ومنها) اذا كفر العاجز عن الصيام بالاعلام للاياس من برئه ثم عوفى فانه لا يلزمه قضاء الصوم (ومنها) اذا ارتفع حيضها لا تدرى مارهه فانها تمتد عندنا ستة فاذا اعتدت ستة ثم رأت الحيض لم يلزمها الاعتداد به (ومنها) اذا صلى الظهر من لاجمة عليه لأجل العذر ثم زال العذر قبل تجميع الامام فانه لا يلزمه إعادة الجمعة مع الامام ، واما ما حكى عن أبى بكر أنه لا يجزئته فعل الظهر قبل تجميع الامام فنال أصحاب من بناء على هذا الأصل وانه يجب الاعادة لتبيننا ان الواجب عليه الجمعة ، وليس هذا مأخذ أبى بكر فانه صرح بمأخذه وهو ان وقت الظهر فى حق من لاجمة عليه انما يدخل بفعل الجمعة من الامام كما لا يدخل وقت الذبح فى الأضاحى الا بعد صلاة الامام .

(١) المعصوب : الزمن الذى لا حراك به

ويلتحق بهذه القاعدة ما إذا خفى الاطلاع على خلال الشرط ثم تبين ، فانه يقتصر في الاصح .
 (فمن ذلك) اذا أدى الزكاة الى من يظنه فقيراً فإن (١) أنه غني فانها تسقط على أصح الروايتين
 (ومنها) إذا صلى المسافر بالاجتهاد الى القبلة ، ثم تبين الخطأ فانه لاعادة على الصحيح (ومنها) اذا حكم
 الحاكم بشهادة عدلين في الظاهر ثم تبين فسقهما ففي النقص روايتان ، رجح ابن عقيل في الفنون (٢)
 عدمه ، وبه جزم القاضي في كتاب الصيد من خلافه ، والامدنى لثلا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد
 والمشهور النقص لتعلق حق الغير به ، واما اذا اصطاد بكلب عليه (٣) ثم أكل من الصيد فانه لا تحرم
 صيده المتقدمة على الصحيح ، لكن مأخذه انالم تبين فساد تعليمه لجواز أن يكون نسيه بعد تعلمه
 اونسى ارساله ، فأما الاعادة على من نسي الماء في رحله وتيمم ثم صلى اوعلى من صلى صلاة شدة
 الحروف لسواد ظنه عدوا فلم يكن او كان بينه وبينه ما يمنع العبور فانه مبني على انه فرط بترك
 البحث والتحقيق .

﴿ القاعدة السابعة ﴾

من تلبس بعبادة ثم وجد قبل فراغها ما لو كان واجدا له قبل الشروع لكان هو الواجب
 دون ما تلبس به ، هل يلزمه الانتقال اليه أم يمضى ويجزئه . هذا على ضريين :
 (أحدهما) أن يكون المتلبس به رخصة عامة شرعت تيسيرا على المكلف وتسيلا عليه مع امكان
 اتيانه بالاصل على ضرب من المشقة والتكلف ، فهذا لا يجب عليه الانتقال منه بوجود الاصل كالتمتع
 اذا عدم الهدى فانه رخص له في الصيام رخصة عامة ، حتى لو قدر على الشراء بثمن في ذمته وهو
 موسر في بلده لم يلزمه .

(الضرب الثاني) أن يكون المتلبس به انما شرع ضرورة للعجز عن الاصل وتعذره
 بالكلية فهذا يلزمه الانتقال الى الاصل عند القدرة عليه ولو في اثناء التلبس بالبدل كالعدة
 بالاشهر فانها لا تعتبر بحال مع القدرة على الاعتداد بالحيض ، ولهذا تؤمر من ارتفع حيضها
 لعارض معلوم أن تنتظر زواله ولو طال المدة ، وانما جوز لمن ارتفع حيضها لا تدرى مارهفه
 أن تعتمد بالاشهر لأن حيضها غير معلوم ولا مظنون عوده . وسواء كانت هذه المعتدة
 مكلفة قبل هذا بالاعتداد بالحيض كمن ارتفع حيضها لا تدرى مارهفه فاعتدت بالاشهر ثم حاضت
 في أثنائها ، أو لم تكن مكلفة به كالصغيرة اذا حاضت في اثناء العدة بالاشهر .

(١) ثم بان : د (٢) فتونه : د (٣) معلم علمه : د ٧١١

وهاهنا مسائل كثيرة مترددة بين العنريين :

(منها) من شرع في صيام كفارة ظهار أو يمين أو غيرها ثم وجد الرقبة ، فالمذهب لا يلزمه الانتقال لأن ذلك رخصة ، فهو كصيام المتمتع . وفيه وجه يلزمه الانتقال لأن الكفارات مشروعة للردع والزجر وفيها من التخليط ما ينافي الرخصة المطلقة ، ولهذا يلزم شراء الرقبة بضمن في الذمة إذا كان ماله غائباً ، ولو لم يجد من يبيعه رقبة بالدين وماله غائب قبل يلزمه انتظاره أو يجوز له العدول الى الصيام للشقة أو يفرق بين الظهار وغيره على أوجه معروفة (ومنها) المتيمم إذا شرع في الصلاة ثم وجد الماء ففى بطلانها روايتان ، لأن التيمم من حيث كونه رخصة عامة فهو كصيام المتمتع ، ومن حيث كونه ضرورة يشبه العدة بالأشهر . ويان الضرورة أنه تسبّح معه الصلاة بالحدث فانه غير رافع له على المذهب فلا يجوز اتمام الصلاة محدثاً مع وجود الماء الراجع له (ومنها) إذا نكح المعسر الخائف للعت أمة ثم زال احد الشرطين ، فهل يفسخ نكاحه . على روايتين والنكاح فيه شوب عبادة .

{ القاعدة الثامنة }

من قدر على بعض العبادة وعجز عن باقيها هل يلزمه الاتيان بما قدر عليه منها أم لا . هذا أقسام : (احدها) ان يكون المقدور عليه ليس مقصوداً في العبادة بل هو وسيلة محضة اليها كتحريرك اللسان في القراءة وامرار الموصى على الرأس في الحلق والختان ، فهذا ليس بواجب لأنه انما وجب ضرورة القراءة والحلق والقطع ، وقد سقط الأصل فسقط ما هو من ضرورته . وواجبه القاضي في تحريك اللسان خاصة وهو ضعيف جداً .

(القسم الثاني) ماوجب تبعا لغيره وهو نوعان :

(احدهما) ما كان وجوبه احتياطاً للعبادة ليتحقق حصولها كغسل المرفقين في الوضوء فاذا قطعت اليدين المرفق هل يجب غسل رأس المرفق الآخر أم لا على وجهين : اشهرهما عند الاصحاب الوجوب ، وهو ظاهر كلام أحمد . واختيار (١) القاضي في كتاب الحج من خلافه انه يستحب وحمل كلام أحمد على الاستحباب . هذا اذا بقى شيء من العبادة كما في وضوء لا تقطع ، اما اذا (٢) لم يبق شيء بالكلية سقط التبع كامسك جزء من الليل في الصوم فلا يلزم من أسيح له الفطر بالاتفاق (والثاني) ماوجب تبعا لغيره على وجه التكميل والواحق مثل رمي الجمار والمبيت بمعنى لمن لم يدرك

الحج ، فالشهور انه لا يلزمه لان ذلك كله من توابع الوقوف بعرفة ، فلا يلزم من لم يقف بها . وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى يلزمها ، لأنها عبادات في نفسها مستقلة ، ومن أمثلة ذلك : المريض اذا عجز في الصلاة عن وضع وجهه على الأرض وقدر على وضع بقية أعضاء السجود ، فانه لا يلزمه ذلك على الصحيح ، لأن السجود على بقية الأعضاء انما وجب تبعاً للسجود على الوجه وتكميلاً له .

(والقسم الثالث) ما هو جزء من العبادة وليس بعبادة في نفسه بانفراده ، او هو غير مأثور به لضرورة (١) (فالاول) كهوم بعض اليوم لمن قدر عليه وعجز عن إتمامه فلا يلزمه بغير خلاف . (والثاني) كعتق بعض الرقبة في الكفارة فلا يلزم القادر عليه اذا عجز عن التكميل لأن الفاعل قصد تكميل العتق مهما أمكن ، ولهذا شرع السراية والسعاية (٢) وقال « ليس لله شريك » ، فلا يشرع عتق بعض الرقبة . (القسم الرابع) ما هو جزء من العبادة وهو عبادة مشروعة في نفسه فيجب فعله عند تعذر فعل الجميع بغير خلاف ، ويتفرع عليه مسائل كثيرة :

(منها) العاجز عن القراءة يلزمه القيام لأنه وان كان مقصوده الأعظم القراءة لكنه ايضا مقصود في نفسه وهو عبادة منفردة (ومنها) من عجز عن بعض الفاتحة لزمه الاتيان بالباقي (ومنها) من عجز عن بعض غسل الجنابة لزمه الاتيان بما قدر منه لأن تخفيف الجنابة مشروع ولو يغسل أعضاء الوضوء كما يشرع للجنب اذا أراد النوم او الوطء او الاكل ويستحب (٣) به اللبث في المسجد عندنا ووقع التردد في مسائل آخر .

(منها) المحدث اذا وجد ما يكفي بعض أعضائه ففى وجوب استعماله وجهان ، ومأخذ من لا يراه واجبا إما ان الحدث الأصغر لا يتبع رفعه فلا يحصل به مقصود ، أو أنه يتبع بعض لكنه يبطل بالاخلال بالموالاة فلا يبقى له فائدة ، أو ان غسل بعض أعضاء المحدث غير مشروع بخلاف غسل بعض أعضاء الجنب كما تقدم (ومنها) اذا قدر على بعض صاع في صدقة الفطر فهل يلزمه اخراجه على رواتين ، ومأخذ عدم الوجوب انه كفارة بالمال فلا يتبع بعض كما لو قدر على التكفير باطعام بعض المساكين والصحيح الوجوب ، والفرق بينه وبين الكفارة من وجبهين (أحدهما) ان الكفارة بالمال تسقط الى بدل هو الصوم بخلاف الفطرة (والثاني) ان الكفارة لا بد من تكميلها والمقصود ، من التكفير بالمال تحصيل إحدى المصالح الثلاث على

(١) لضرره : د (٢) السعاية الترخيص للمبد الذي عتق سيده بعضه ان يسمى في فكأك ما بقي من رقه فيعمل ويكسب ويصرف ثمنه الى مولاه ، والسراية هي الحكم - يريان عتق باقيه تبعا لعتق بعضه السابق (٣) فيستحب : د

وجبها وهي العتق والاطعام والكسوة ، وبالتفريق يفوت ذلك فلا تبرأ الذمة من الوجوب الا بالاتيان باحدى الخصال بكاملها او بالصيام وفي الفطرة لا تبرأ الذمة منها بدون اخراج الموجود .

(القاعدة التاسعة)

في العبادات الواقعة على وجه محرم ، ان كان التحريم عائداً الى ذات العبادة على وجه يختص بها لم يصح ، وان كان عائداً الى شرطها فان كان على وجه يختص بها فكذلك أيضاً ، وان كان لا يختص بها ففي الصحة روايتان اشهرهما عنهما ، وان عاد الى ما ليس بشرط فيها ففي الصحة وجهان واختار أبو بكر عدم الصحة وخالفه الا كثرون فلالول أمثلة كثيرة :

(منها) صوم يوم العيد فلا يصح بحال على المذهب (ومنها) الصلاة في أوقات النهي (ومنها) الصلاة في مواضع النهي فلا يصح على القول بأن النهي للتحريم وانما يصح على القول بأن النهي للتنزيه . هذه طريقة المحققين وان كان من الأصحاب من يحكي الخلاف في الصحة مع القول بالتحريم (ومنها) صيام أيام التشريق فلا يصح تطوعاً بحال ، والخلاف في صحة صومها فرضاً مبني على ان النهي هل يشمل الفرض أم يختص التطوع وللثاني أمثلة كثيرة :

(منها) الصلاة بالنجاسة وبغير سترة وأشياء ذلك وللثالث أمثلة كثيرة :

(منها) الوضوء بالماء المنصوب (ومنها) الصلاة في الثوب المنصوب والحريز وفي الصحة روايتان ، وعلى رواية عدم الصحة فهل المبطّل ارتكاب النهي في شرط العبادة ، أم ترك الاتيان بالشرط المأمور به . للأصحاب فيه مأخذان يبنى عليهما لولم يجد الا ثوباً منصوباً فصلّي فيه فان عللنا بارتكاب النهي لم تصح صلاته ، وان عللنا بترك المأمور صحت لأنه غير واجد لسترة يؤمر بها ، وأما من لم يجد الا ثوب حريز فصح صلاته فيه بغير خلاف على أصح الطريقتين لباحة لبسه في هذا الحال (ومنها) الصلاة في البقعة المنصوبة وفيها الخلاف وللبطلان مأخذان أيضاً ، أحدهما ان البقعة شرط للصلاة ولهذا لا تصح الصلاة في الأرجوحة ولا على بساط في الهواء . والثاني أن حركات المصلي وسكناته في الدار المنصوبة هو نفس المحرم فالتحريم عائد الى نفس الصلاة وان كان غير مختص بها فهو كاخراج الزكاة والهدى من المال المنصوب والرابع أمثلة :

(منها) الوضوء من الاتناء المحرم (ومنها) صلاة من عليه عمامة غضب أو حريز أو في يده خاتم ذهب وفي ذلك كله وجهان واختيار أبي بكر عدم الصحة ، وأما من عليه ثوبان أحدهما

غضب قليل هو مخرج على هذين الوجهين، وقيل بل هو كن ليس عليه سوى الثوب المنصوب لأن المباح لم يمين للستر بل للستر حصل بواحد غير معين. وأما الحج بالمال المنصوب ففي صحته روايتان قليل لأن المال شرط لوجوبه وشرط الوجوب كشرط الصحة ورجح ابن عقيل الصحة وجعله من القسم الرابع ومنع كون المال شرطاً لوجوبه لأنه يجب على القريب بغير مال وليس بشئ، فانه شرط في حق البعيد خاصة، كما ان المحرم شرط في حق المرأة دون الرجل والله أعلم.

(القاعدة العاشرة)

الألفاظ المختبرة في العبادات والمعاملات .

(منها) ما يعتبر لفظه ومعناه وهو القرآن لاصحازه بلفظه ومعناه، فلا تجوز الترجمة عنه بلغة أخرى (ومنها) ما يعتبر معناه دون لفظه كألفاظ عقد البيع وغيره من العقود وألفاظ الطلاق (ومنها) ما يعتبر لفظه مع القدرة عليه دون المعجز عنه ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) التكبير والتسبيح والدعاء في الصلاة لانه تجوز الترجمة عنه مع القدرة عليه ، ومع المعجز عنه هل يلحق بالقسم الأول فيسقط او بالثاني فيأتي به (١) بلفظه، على وجهين (ومنها) خطبة الجمعة لاتصح مع القدرة بغير العربية على الصحيح وتصح مع المعجز (ومنها) لفظ النكاح ينمقد مع المعجز بغير العربية ومع القدرة على التعلم فيه وجهاً (ومنها) لفظ اللعان وحكمه حكم لفظ النكاح.

(القاعدة الحادية عشر)

من عليه فرض هل له ان يتنفل قبل أدائه بجنسه ام لا . هذا نوعان :

(احدهما) العبادات المحضة فان كانت موسعة جاز التنفل قبل أدائها كالصلاة بالانفاق وقبل قضائها أيضاً كقضاء رمضان على الأصح وان كانت مضيقة لم تصح على الصحيح ولذلك صور:

(منها) اذا تضايق وقت المكتوبة هل ينمقد التنفل [المطلق] حينئذ على وجهين (ومنها) من عليه صلاة فاتته هل يصح التنفل المطلق قبل قضائها . على وجهين لأن قضاء الفوائت على الفور (ومنها) اذا شرع في التنفل بعد إقامة الصلاة المكتوبة فهل تصح على وجهين لأن الجماعة واجبة (ومنها) صوم رمضان لا يصح ان يصوم فيه عن غيره فان فعل لم يصح عن نفيه، وهل ينقلب عن فرضه ببنى على وجوبه التعمين (ومنها) اذا حج تطوعاً قبل حجة الاسلام لم يقع عن

(١) فيه : نسختنا

للتطوع وانقلبت عن حجة الاسلام على المذهب الصحيح (ومنها) لو حج من نذره او عن قفل
وعليه قضاء حجة فاسدة وقمت عن القضاء دون ما نواه على المذهب أيضاً ، فأما ان تنفل بالحج
بعد قضاء حجة الاسلام وقبل الاعتبار او بالعكس فهل يجوز ام لا . قال في التلخيص يبنى على
أن السك هل هو على الفور ام لا ، فان قلنا على الفور لم يجز والا جاز وفيه نظر . وأما الزكاة فقال
الاصحاب يصح ان يتنفل بالصدقة قبل أدائها وان كانت على الفور وكذلك نص أحمد
في رواية متهماً فيمن عليه زكاة ونذر لا يملك بأيهما يبدأ ، وهذا اذا كان ماله يتسع لها فاما
ان لم يتسع فسند كره .

(النوع الثاني) التصرفات المالية كالعتق والوقف والصدقة والهبة اذا تصرف بها وعليه
دين ولم يكن حجر عليه فالمذهب صحة تصرفه وإن استغرق ماله في ذلك واختار الشيخ
تقي الدين رحمه الله انه لا ينفذ شيء من ذلك مع مطالبة الغرماء ، وحكاة قولاً في المذهب ويمكن
تفريجه في المذهب من أصليين :

(أحدهما) مانس عليه أحمد رحمه الله في رواية حنبل فيمن تبرع بماله بوقف او صدقة وأبواه
محتاجان ان لمعارده واحتج بالحديث المروى في ذلك .

(والثاني) أنه نص في رواية أخرى على من أوصى لأجنب وله أقارب محتاجون ان الوصية ترد
عليهم فتخرج من ذلك ان من تبرع وعليه نفقة واجبة لوارث او دين ليس له وفاء انه يرد ولهذا
يباع (١) المدير في الدين خاصة على رواية ، ونقل ابن منصور عن أحمد فيمن تصدق عند موته
بماله كله قال هذا مردود لو كان في حياته لم أجوز له اذا كان له ولد .

(القاعدة الثانية عشر)

المذهب ان العبادات الواردة على وجوه متعددة يجوز فعلها على جميع تلك الوجوه
الواردة فيها من غير كراهة لبعضها وان كان بعضها افضل من بعض ، لكن هل الافضل المداومة
على نوع منها أو فعل جميع الأنواع في أوقات شتى ، ظاهر كلام الاصحاب الأول ، واختار الشيخ تقي
الدين رحمه الله ، الثاني لأن فيه اقتداء بالنبي صلى الله عليه وسلم في تنوعه وقال (٢) ابن عقيل في صلاة
الحروف لأنها تنوعت بحسب المصالح فتصل في كل وقت على صفة تكون مناسبة له وهل الافضل
الجمع بين ما أمكن جمعه من تلك الأنواع او الاختصار على واحد منها . هذا فيه نزاع في المذهب

ويندرج تحت ذلك صور:

(منها) مسح الأذنين المذهب أنه يستحب مسحها مرة واحدة إما مع الرأس أو معاء جديد ولا يسن الجمع بينهما وحكى عن القاضي عبد الوهاب بن جلبة قاضى حران أن الأفضل الجمع بينهما عملاً بالحدِيثين (ومنها) الاستفتاح فالمذهب أن الأفضل الاستفتاح بسبعانك اللهم مقنصراً عليه واختار ابن هبيرة أن الجمع بينه وبين الاستفتاح بوجهين وجهى أفضل ، وذكر الشيخ تقي الدين رحمه الله أنه يستفتح كذلك ، ولكن ورد في الجمع أحاديث متعددة وفيها ضعف وبثقدير ثبوتها فلا تكون المسألة من هذا القبيل (ومنها) اجابة المؤذن هل يشرع فيها الجمع بين الحيلة والحوالة أم لا وكذا في الثوب في الفجر فيه وجهان (ومنها) سنة الجمعة بعدها نقل ابراهيم الحربي عن أحمد رحمه الله أنه قال : أمر النبي صلى الله عليه وسلم بأربع ركعات وصلى هو ركعتين فأيهما فعلت فحسن وإن أردت أن تختلط صليت ركعتين وأربعاً جمعت فعله وامره وهذا مأخذ غريب لاستحياب الست ، وأما الأصحاب فلم يستندوا إلا إلى ما نقل عن بعض الصحابة من صلاته ست ركعات (ومنها) ألفاظ الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم في التشهد فإنه قد ورد فيها كما صليت على آل ابراهيم وورد كما صليت على ابراهيم فهل يقال الأفضل الجمع بينهما فإن من الأصحاب من اختار الجمع بينهما وقد يكون مستنده جمع الروايتين وأنكر الشيخ رحمه الله ذلك وقال لم يبلغنى فيه حديث مسند ثابت بالجمع بينهما ولا يصح أن يجمع بين الروايتين لأنه كان يقول هذا تارة وهذا تارة فأحد اللفظين بدل عن الآخر ولا يصح الجمع بين البديل والمبدل كذا قال ، وقد ثبت في صحيح البخارى الجمع بينهما من حديث كعب ابن عجرة وأخرجه النسائي من حديث كعب ايضاً ومن حديث أبي طلحة (١).

(القاعدة الثالثة عشر)

إذا وجدنا اثر معلول لعلّة ووجدنا في محلّ علّة صالحة له ، ويمكن أن يكون الاثر معلولاً لغيرها لكن لا يتحقق وجود غيرها ، فهل يحال ذلك الاثر على تلك العلّة المعلومة أم لا في المسألة خلاف ولها صور كثيرة قد يقوى في بعضها الاحالة وفي بعضها العدم ، لأن الاصل أن لعلّة سوى هذه المتحققة وقد يظهر في بعض المسائل الاحالة عليها فيتوافق الاصل الظاهر ، وقد يظهر الاحالة على غيرها فيختلفان .

(فن صور المسألة) ماذا وقع في الماء نجاسة ثم غاب عنه ثم وجده متغيراً فإنه يحكم بنجاسته عند الأصحاب إحالة للتغير (١) على النجاسة المعلوم وقوعها فيه، والأصل عدم وجود متغير غيرها وخرج بعض المتأخرين فيه وجهاً آخر أنه طاهر من مسألة الصيد الآتية والأولى أولى لأن الأصل طهارة الماء فلا يزال عنها بالشك (ومنها) ماذا وجد من الثائم قبل نومه سبب يقتضي خروج المذى منه من تفكر (٢) أو ملاعبة ونحوهما ثم نام واستيقظ ووجد بللاً لم يبقته منياً ولم يذكر حلياً فإن المنصوص عن أحمد رحمه الله أنه لا غسل عليه إحالة للخارج على السبب المتيقن وهو مقتضى الخروج المذى لأن الأصل عدم وجود غيره وقد تيقن وجوده وحكى عن أحمد رحمه الله رواية أخرى بوجود الغسل (ومنها) لو جرح صيداً جرحاً غير موحٍ (٣) ثم غاب عنه ووجده ميتاً ولا أثر فيه غير سهمه فهل يحمل أكله على روايتين أصحهما أنه يحمل لحديث عدى بن حاتم والثانية لا يحمل لقول ابن عباس رضى الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت (٤) ولذلك تسمى مسألة الإصماء والآنماء، وفيه رواية ثالثة أن غاب عنه ليلة لم يحمل والاحل وفيه حديث مرفوع وفيه ضعف، وعلل بأن هوام الليل كثيرة (٥) فكان الظاهر هنا هو وجود سبب آخر حصل منه الزهوق قوى على الأصل وهو عدم إصابة غير السهم له (ومنها) لو جرح المحرم صيداً جرحاً غير موحٍ ثم غاب عنه ثم وجده ميتاً فهل يضمته كله أو أدرس الجرح على وجهين وجزم بعض الأصحاب بضمان أدرس الجرح فقط لأنه المتيقن والأصل براءة الذمة (ومنها) لو جرح آدمياً معصوماً جرحاً غير موحٍ ثم مات وادعى أنه مات بسبب غير سراية جرحه وأنكر الولي فالقول قول الولي مع يمينه ولم يحك أكثر الأصحاب في ذلك خلافاً إحالة للزهوق على الجرح المعلوم، وفي المجرد أنه ان مات عقيب الجرح فالقول قول الولي وإن مات بعد مدة يتدخل الجرح في مثلها. فإن قامت بينة بأنه لم يزل ضمناً (٦) من الجرح حتى مات فكذلك والألّا فالقول قول الجاني وفيه وجه آخر أن القول قول الولي (ومنها) لو قال لامته ولها ولد هذا الولد مني، فهل يثبت بذلك استيلاء الأمة على وجهين (أحدهما) نعم لأنها لا لعل سبياً يتحقق به لحق النسب [هنا] غير ملك اليمين فيحال لها الحق عليه فيستلزم ذلك ثبوت الاستيلاء في الأمة (والثاني) لا لاحتمال استيلاءه قبل ذلك في تكاح أو وطئ شبهة (ومنها) لو ادعى رقيق مجهول النسب فشهدت له بينة أن أمته ولدته ولم تقل في ملكه فهل يحكم له به على وجهين

(١) للتغير: د (٢) تفكير: د (٣) يقال وحى فلان ذبيحته إذا ذبحها ذبحاً سريعاً (٤) الإصماء أن ترمى الصيد فتقلعه على المكان بينه قبل أن يغيب عنه، والآنماء أن ترميه فيغيب عنه ولا تراه وتجده ميتاً (٥) كثير: د (٦) الضمنة بضم الضاد المرض والضمن بفتحها مع كسر الميم الزمن والمبتلى في جسده.

رجع الشيخ مجد الدين أنها ان شهدت أن أمته ولده ونحو ذلك ما فيه إضافة الولد الى الأمة المضافة اليه حكم له بالولد ، فان (١) لم يكن كذلك بأن شهدت أن هذا ولد هذه الأمة وأن أمه ملك له لم يحكم له بالولد (ومنها) لو قال رجل : هذا ابني من زوجتي وادعت زوجته ذلك وادعته امرأة أخرى فهو ابن الرجل وهل ترجع زوجته على الأخرى على وجهين : أحدهما ترجع لأن زوجها أبوه فالظاهر أنها أمه . والثاني يتساويان لأن كل واحدة منهما لو انفردت لألحق بها فإذا اجتمعتا تساوتا [ذكره في المغني] (ومنها) لو باع أمة له من رجل فولدت عند المشتري فادعى البائع أنه ولده فصدقه المشتري أنها تصير أم ولد للبائع وينسخ البيع نص عليه احمد رحمه الله في رواية منها وذكره أبو بكر وذكر ذلك القاضي في خلافه وتأوله على أنه ادعى أنها ولدت في ملكه وصدقه المشتري على ذلك (ومنها) لو ولدت المطلقة الرجعية ولدا لا يمكن الحاقه بالمطلق لا بتقدير وطء حاصل منه في زمن العدة ، قبل يلحق به الولد في هذه الحال أم لا على روايتين أحدهما لحرقه لأن الفراش لم يزل بالكلية فاحالة الحمل عليه أولى كحالة صلب النكاح وعلى هذا قيل يحكم بارتجاعها بلحق بالنسب على وجهين : أحدهما وهو المنصوص أنها [تصير] مرتبعة بذلك وينبئ على ذلك مسألة مشككة في تعليق الطلاق بالولادة ذكرها صاحب المحرر فيه واما شكل توجيها (٢) على الأصحاب فقد أوردنا لها جزئا (ومنها) أنه يجوز استيفاء الحق من مال الغريم اذا كان ثم سبب ظاهر يحال الاخذ عليه ولا يجوز اذا كان السبب خفيا ، هذا هو ظاهر المذهب فيباح للبرأة ان تأخذ من مال زوجها نفقتها ونفقة ولدها بالمعروف وللضيف إذا نزل بالقوم فلم يقروه أن يأخذ من أموالهم بقدر قراء بالمعروف لأن السبب إذا ظهر لم ينسب إلى خيانة بل يحال أخذه على السبب الظاهر بخلاف ما إذا خفي فانه ينسب إلى الخيانة (ومنها) لو قال في مرضه إن مت من مرضي هذا فسلم حر وإن برئت منه فقام حر ثم مات ولم يعلم هل مات من المرض أو برى منه ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يعتق سالم لأن الأصل دوام المرض وعدم البرء ولا تناقض تحققنا انقضاء سبب الموت بمرضه وشككتنا في حدوث سبب آخر غيره فيحال الموت على سببه المعلوم (والثاني) يعتق أحدهما بالقرعة لأن أحد الشرطين وجد ظاهرا وجعل عينه (والثالث) لا يعتق واحد منهما لاحتمال أن يكون مات في مرضه ذلك بسبب حادث فيه من قتل أو غيره فلم يمت من مرضه ولم يبرأ منه فلم يتحقق وجود واحد من الشرطين (ومنها) لو أصدقها تعليم سورة من القرآن ثم طلقها ووجدت حافظه لها وتنازع أهل عليها الزوج فبرئ من الصداق ام لا فأبيها

(١) وإن د : د (٢) وأشكل توجيها د :

يقبل قوله . فيه وجهان وخرج عليهما الشيخ تقي الدين رحمه الله مسألة اختلافهما في النفقة والكسوة مدة مقامها عند الزوج هل كانت من الزوج أو منها (ومنها) لو ادعى صاحب الإرع ان ضم قلان نفقت فيه ليلا ووجد في الزرع أثر غنمه . قضى بالغيان على صاحب الغنم نص عليه في رواية ابن منصور وجعل الشيخ تقي الدين هذا واشباهه من القياة في الأموال وجعلها معتبرة كالقياة في الأنساب ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يكتفى بذلك (ومنها) لو تزوج بكرا فادعت أنه عتق فكذبها ودعى انه أصابها وظهرت ثيبا فادعت (١) أن ثوبتها بسبب آخر فاقول قول الزوج ، ذكره الأصحاب ويتخرج فيه وجه آخر من المسائل المتقدمة (ومنها) اللوث في القسامة (٢) ومسائله معروفة .

(القاعدة الرابعة عشر)

إذا وجد سبب إيجاب أو تحريم من أحد رجلين لا يعلم عنه منهما ، فقل يلحق الحكم بكل منهما أولا يلحق بواحد منهما شيء في المسألة خلاف ولها صور :

(أحداها) إذا وجد اثنان منيا في ثوب ينمان فيه أو سمعا صوتا خارجا ولم يعلم من أيهما هو قضي المسألة روايتان (أحداها) لا يلزم واحدا منهما غسل ولا وضوء نظرا الى أن كل واحد منهما متيقن للطهارة شك في الحدث (والثانية) يلزمهما الغسل والوضوء لأن الأصل زال يقينا في أحدهما فتعذر البقاء عليه وتمين الاحتياط ولم يلتفت الى النظر في كل واحد بمفرده كثنوين أو ثامنين نجس أحدهما .

(الصورة الثانية) قال أحد الرجلين ان كان هذا الطائر غرابا فأمر أني طالق ، وقال الآخر ان لم يكن غرابا فأمر أني طالق وغاب ولم يعلم ما هو . فقيا وجهان : أحدهما ما قال القاضي في المجرى وأبو الخطاب وغيرهما يبنى كل واحد منهما على يقين نكاحه ، والثاني وهو اختيار الشيرازي في الإيضاح وابن عقيل أنه يخرج المطلقة منهما بالقرعة ، وقال القاضي الجامع هو قياس المذهب لأن واحدة منهما طلقت يقينا فأخرجت بالقرعة كما لو كانت الزوجتان رجل واحد وذكر بعض الأصحاب احتمالا يقتضي وقوع الطلاق بهما حكما كما تجب الطهارة عليهما في المسألة الأولى وقد أومأ اليه أحمد في رواية

(١) وادعت : د (٢) اللوث في القسامة : أن يشهد شاهد واحد على اقرار المقتول قبل أن يموت ان فلانا قتلني أو يشهد شاهدان على عداوة بينهما أو تهديد منه له أو نحو ذلك .

صالح ، وحكى له قول الشعبي في رجل قال لأخراذك لحسود فقال له الآخر أحسدنا امرأته طالق ثلاثا فقال الآخر نعم ، قال الشعبي حنتها وخسرت ما وبانت منك امرأتا كما جميعا وحكى له قول الحارث ادبنيها وأمرها بتقوى الله عز وجل وأقول أتبنا أعلم بما حلفتما عليه ، فقال أحد هذا شيء لا يدرك ألقاهما في التهلكة فانكاره لقول الحارث يدل على موافقته لقول الشعبي بوقوع الطلاق فهما . هذا هو الظاهر ذكره الشيخ تقي الدين وقال هو بناء على أنه حلف على ما لم يعلم صحته أو مالا تدرك صحته فيحدث كقول مالك . ويدل عليه تعليل أحمد وقوع الطلاق على من قال أنت طالق إن شاء الله بأن مشيئة الله لا تدرك وهذا القول فيه بعد لأن إيقاع طلاقهما يقضي إلى أن يباح للأزواج من هم في زوجية النير باطنا ، وفي إجبارهما على تجديد الطلاق إجبارا للإنسان على قطع ملكه بغير حق وهو ضرر بخلاف إيجاب الطهارة عليهما فإنه لا ضرر فيه ولنا وجه آخر بوجوب اعتزال كل منهما زوجته حتى يتيقن الأمر ونص عليه أحمد رحمه الله في رواية عبد الله ونقل حرب عن أحمد رحمه الله أنه ذكر هذه المسألة فتوقف فيها وقال أحب إلى أن لا أقول فيها شيئا وتوقف عنها (الصورة الثالثة) قال أحدهما إن كان غرابا فأمتى حرة وقال الآخر إن لم يكن غرابا فأمتى حرة وفيما الوجهان المذكوران في الطلاق ، وقياس المنصوص هاهنا أن يكف كل واحد عن وطئ أمته حتى يتيقن فإن اشترى أحدهما أمة الآخر عين المعتقة منهما بالقرعة على أصح الوجهين لاجتماعهما في ملكه واحداهما حقيقة كما قلنا لا يصح أن يأتى أحدهما بالآخر في الصورة الأولى لأن أحدهما محدث يقينا فنظر اليهما مجتمعين في حكم يتعلق باجتماعهما .

وليس من هذه القاعدة إذا وطئ اثنان امرأة بشبهة في طهر وأنت بولد وضاع نسبه لفقد القافة أو غير ذلك وأرضعت أمه بلبنه ولدا آخر فإنه يصير حكم كل من الصغيرين حكم ولد لكل واحد من الرجلين على الصحيح لأنه لم يمتعن أن يكون الولد لواحد منهما بل يجوز عندنا أن يكون لهما فليس مما نحن فيه .

(القاعدة الخامسة عشر)

إذا استصحنا أصلا واملأنا ظاهرا في طهارة شيء أو حرمته وكان لازم ذلك تغير أصل آخر يجب استصحابه أو ترك العمل بظاهر آخر يجب إعماله يلتفت إلى ذلك اللازم على الصحيح ، ولذلك صور :

(منها) اذا استيقظ من نومه فوجد في ثوبه بللا وقتنا لا يلزمه الغسل على ما سبق فيما اذا تقدم منه سبب المذى فلا يلزمه أيضا غسل ثوبه بحيث تقول انما سقط عنه الغسل لحكمتنا بأن البلل مذى بل نقول في ثوبه الأصل طهارته فلا ينجز بالشك ، والأصل طهارة بدنه فلا يلزمه الغسل بالشك فيبقى في كل منهما على أصله ، ذكره ابن عقيل في فتونه عن الشريف أبي جعفر وينبى على هذا التقدير أن لا تجوز له الصلاة قبل الاغتسال في ذلك الثوب قبل غسله لأننا نلتيقن وجود المقدس للصلاة لاحالة

(ومنها) اذا لبس خفا ثم أحدث ثم صلى وشك هل مسح على الخف قبل الصلاة او بعدها وقتنا ابتداء المدة من المسح جعلنا ابتداءها قبل الصلاة وأوجبنا إعادة الصلاة لأن الأصل وجوب غسل الرجلين والأصل بقاء الصلاة في الذمة (ومنها) اذا رمى حيوانا ما كولا بسهم ولم يوحه فوقه في ماء يسير فوجده ميتا فيه فان الحيوان لا يباح خشية ان يكون الماء أعان على قتله والأصل تحريره حتى يتيقن وجود السبب المبيح له ولا يازم من ذلك نجاسة الماء أيضا لحكمتنا على الصيد بأنه ميتة ، بل يستحب في المماصل الطهارة فلا ينجزه بالشك ذكره ابن عقيل في فصوله (ومنها) لو قال لامرأته في غضب اعتدى وظهرت منه قرائن تدل على ارادته التريض بالقذف أو فسره بالقذف فانه يقع به الطلاق لأنه كناية اقترن بها غضب وهل يحد معها ذكر ابن عقيل في المفردات احنالين (أحدهما) وبه جزم في عمدا لا دلة انه يحد لأنها حقان عليه فلا يصدق فيما يسقط واحدا منهما (والثاني) لا يحد لأنه لو كان قنفا لم يكن عللا لثنا فيهما ومن هذه القاعدة الأحكام التي يثبت بعضها دون بعض كارت الذي أقر بنسبه من لا يثبت النسب بقوله والحكم بلحوق النسب في مواضع كثيرة لا يثبت فيها لوازمه المشكوك فيها من بلوغ أحد أبويه واستقرار المهر أو ثبوت العدة والرجعة أو الحد أو ثبوت الوصية له أو الميراث وهي مسائل كثيرة .

(القاعدة السادسة عشر)

اذا كان الواجب بدلا (١) فتعذر الوصول الى الأصل حالة الوجوب ، فهل يتعلق الوجوب بالبدل تلقا مستقرا بحيث لا يعود الى الأصل عند وجوده للسائلة صور عديدة :

(منها) هدى المتعة اذا عدمه ووجب الصيام عليه ثم وجد الهدى قبل الشروع فيه ، فهل يجب

عليه الانتقال أم لا ينبنى على أن الاعتبار في الكفارات بحال الوجوب أو بحال الفعل وفيه روايتان فان قلنا بحال الوجوب صار الصوم أصلاً لا بدلاً وعلى هذا فهل يجوزته فعل الأصل وهو الهدى المشهور أنه يجوزته لأنه الأصل في الجملة وإنما سقط رخصة، وحكى القاضي في شرح المذهب عن ابن حامد أنه لا يجوزته (ومنها) كفارة الظهار والعيمين ونحوهما والحكم فيهما كهدي المتعة (ومنها) إذا أتلّف شيئاً لمثل وتعدّر وجود المثل وحكم الحاكم بأداء القيمة ثم وجد المثل قبل الأداء وجب أداء المثل ذكره الأصحاب لأنه قدر على الأصل قبل أداء البدل فيلزمه كما إذا (١) وجد الماء قبل الصلاة، وينبغي أن يحمل كلامهم على ما إذا قدر على المثل عند الاتلاف ثم عدمه إيماناً عدمه ابتداء فلا يبعد أن يخرج في وجوب أداء المثل خلاف، وأما التيمم فلا يشبه ما نحن فيه لأنه لو وجد الماء بعد فراغه منه لبطل وجوب استعمال الماء بنص الشارع وهاتنا لو أدى القيمة لبرئ ولم يلزمه أداء المثل بعد وجوده، وقال في التلخيص على الإظهر وهو يشعر بخلاف فيه (ومنها) لو جعل الإمام لمن دله على خصن جارية من أمه فأسلمت بعد الفتح أو قبله وكانت أمة فانه يجب له قيمتها إذا كان كافراً لأنه تعدّر تسليم عينها إليه فوجب له البدل فان أسلم بعد إسلامها، فهل يعود حقه إلى عينها فيه، لأصحابنا وجهان: أحدهما لا يعود لأن حقه استقر في القيمة فلا ينتقل إلى غيرها والثاني بلى لأنه إنما انتقل إلى القيمة للمانع وقد زال فيعود حقه إليها (ومنها) لو أصدقها شجرة فأثمرت ثم طلقها قبل الدخول وامتنعت من دفع نصف الثمرة مع الأصل تبعت له القيمة فان قال أنا أرجع في نصف الشجرة وأترك الثمرة عليها أو أترك الرجوع حتى تهدى بمرتك (٢) ثم أرجع فيه ففيه وجهان حكاهما القاضي وغيره (أحدهما) لا يجبر على قبول ذلك وهو الذي ذكره ابن عقيل لأن الحق قد انتقل من العين فلم يعد إليها إلا بتراضيهما (والثاني) يجبر عليه لأنه لا ضرر عليها فلزمها كما لو جدها نائمة فرضى بها فعلى هذا الحق باق في العين لبقائها في ملكها وكذلك ذكر القاضي في موضع من المجرد أنه إذا لم يأخذ القيمة حتى قطع الطلع وعاد النخل فما كان أن الرجوع في نصفه (ومنها) لو طلقها قبل الدخول وقد باعت الصداق فلم يأخذ نصف قيمته حتى فسخ البيع لميب. قال الأصحاب: ليس له أخذ نصفه لأن حقه وجب في القيمة ولم تكن العين [حينئذ] في ملكها ولا يبعد أن يخرج فيه وجه آخر بالرجوع كالتي قبلها وهذا إذا لم نقل إنه يدخل في ملكه قهراً كالميراث فان قلنا يدخل قهراً عاد حقه إلى العين بمودها إليها ولا يقال هذا عاد إليها ملكاً جديداً فلا يستحق الرجوع فيه كما لا يستحق الأب الرجوع فيها خرج عن ملك الابن ثم عاد، لأنهم

قالوا لو حاد اليها قبل الطلاق لرجع فيه بفنير خلاف لأن حقه فيه ثابت بالقرآن . وفي شرح الهداية لأبي البركات ما يدل على عكس ما ذكرنا وهو إنا أن قلنا يدخل نصف المهر في ملك الزوج قهرا وليس له العود الى عينه بحال نظرا الى أن القيمة تقوم مقام العين عند امتناع الرجوع في العين فيملك نصف القيمة قهرا حيثئذ ، ولا ينتقل حقه عنها بعد ذلك (ومنها) لو اشترى عينا ورهنها أو تعلق بها حق شفعة أو جناية ثم أفلس ثم أسقط المرتن أو الشفيع أو المحي عليه حقه فالبايع أحق بها من الغرماء لزوال المازاحة على ظاهر كلام القاضي وابن عقيل ، ذكره أبو البركات في شرحه ، ويخرج فيه وجه آخر أنه أسوة الغرماء .

(القاصدة السابعة عشر)

إذا تقابل صلان أحدهما ذو شرف في نفسه ورفعة وهو واحد، والآخر ذو تعدد في نفسه وكثرة ، فأيهما يرجح . ظاهر كلام أحمد ترجيح الكثرة ولذلك صور :

(أحدها) إذا تعارض صلاة ركعتين طويلتين وصلاة أربع ركعات في زمن واحد فالشهور أن الكثرة أفضل ، وحكى عن أحمد رواية أخرى بالعكس وحكى عنه رواية ثالثة بالسوية (والثانية) اهـ (١) بدنة سمينة بعشرة وبدتين بعشرة أو باقل قال ابن منصور قلت لأحمد بدتان سميتان بتسعة وبدنة بعشرة قال ثننان أعجب الى . ورجح الشيخ تقي الدين تفضيل البدنة السمينة ، وفي سنن أبي داود حديث يدل عليه (والثالثة) رجل قرأ بتدبر وتفكر سورة وآخر قرأ في تلك المدة سوراً عديدة سرداً . قال أحمد في رواية جعفر بن أحمد بن أبي قبياز وسئل أيما أحب اليك الترسل أو الاسراع ، قال : أليس قد جاء بكل حرف كذا وكذا حسنة ؟ قالوا له : في السرعة ؟ قال : إذا صور الحرف بلسانه ولم يسقط من الهجاء ، وهذا ظاهر في ترجيح الكثرة على التدبر ، ونقل عنه حرب أنه كره السرعة إلا أن يكون لسانه كذلك لا يقدر أن يترسال ، وحمل القاضي الكراهة على ما إذا لم يبين الحروف ، نقل عنه مثني بن جامع في رجل أكل فنبع وأكث الصلاة والصيام ورجل أقل الأكل فقلت نوافله وكان أكثر فكرة (٢) أيما أفضل فذكر ما جاء في الفكر : تفكر ساعة خير من قيام ليلة قال فرأيت هذا عنده أ كثر يعني الفكر ، وهذا يدل على تفضيل قراءة التفكر على السرعة ، وهو اختيار الشيخ تقي الدين وهو المنصوص صريحاً عن الصحابة والتابعين (والرابعة) رجلان أحدهما ارتاضت نفسه على الطاعة وانشرفت

بها وتعمت وبادرت إليها طوعية وعبة ، والآخر يجاهد نفسه على تلك الطاعات ويكرها عليها
أيهما أفضل قال الحلال كتب الى يوسف بن عبد الله الاسكافي حدثنا الحسن بن علي بن
الحسن انه سأل أبا عبد الله عن الرجل يشرع له وجه به فيحمل نفسه على الكراهة وآخر
يشرع له فيسر بذلك ، فأيهما أفضل قال ألم تسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول من تعلم
القرآن وهو كبير يشق عليه أجران ، وهذا ظاهر في ترجيح المكروه نفسه لأن له عملين
جهاداً وطاعة أخرى ، ولذلك كان له أجران ، وهذا قول ابن عطاء وطائفة من الصوفية من
أصحاب أبي سليمان الداراني ، وعند الجنيذ وجماعة من عباد البصرة أن الباذل لذلك طوعاً
وعبة أفضل وهو اختيار الشيخ تقي الدين لأن مقامه في طمأنينة النفس أفضل من أعمال
متعددة ولأنه من أرباب المنازل والمقامات والآخر من أرباب السلوك والبدائيات ، فمثلها
كمثل رجل (١) مقيم بمكة يشتغل بالطواف والآخر يقطع المفاز والقفار في السير الى مكة
فعله أشق والأول أفضل والله أعلم (والخامسة) تعارض عقوبة نفسية بالوعق رقاب متعددة
بذلك المال ، قال القاضى وابن عقيل الرقاب أفضل وفيه أيضاً نظرو قد كان طائفة من السلف كابن
عمر والربيع بن خثيم يستحبون الصدقة بما يشتون من الأطعمة. وإن كان المسكين يتفجع بقيته
أكثر ، عملاً بقوله (لن تناولوا البر حتى تنفقوا بما تحبون) وهذا في العتق أولى مع قول النبي صلى
الله عليه وسلم (خير الرقاب أنفسها عند أهلها وأغلاها بمنا) والله أعلم

{ القاعسة الثامنة عشر }

إذا اجتمعت عبادتان من جنس في وقت واحد ليست احدهما [مفعولة] على جهة القضاء
ولا على طريق التبعية للآخرى في الوقت تداخلت أفعالهما ، واكتفى فيهما بفعل واحد وهو
على ضربين :

(أحدهما) أن يحصل له بالفعل الواحد العبادتان [جميعاً] يشترط أن ينويهما جميعاً (٢) على
المشهور ومن أمثلة ذلك من عليه حدثان أصغر وأكبر فالذهب أنه يكفيه أفعال الطهارة الكبرى
إذا نوى الطهارتين [جميعاً] بها وعنه لا يجزئه عن الأصغر حتى يأتي بالوضوء واختار أبو بكر
أنه يجزئه عنهما إذا أتى بخصائص الوضوء من الترتيب والموالة وإلا فلا ، وجزم به صاحب
المبجج ولو كان عادماً للماء قسيم تيمماً واحداً ينوي به الحدين أجرأه عنهما بغير خلاف

(١) رجلين أحدهما مقيم د (٢) معاً :

ونص عليه أحمد في رواية منها (ومنها) القارن إذا نوى الحج والعمرة كفاه لها طواف واحد وسعى واحد على المذهب الصحيح وعنه لا بد من طوافين وسعين للمفرد، والقاضى وابو الخطاب في خلافيهما حكيا هذه الرواية على وجه آخر، وهو أنه لا تجزئته العمرة الداخلة في ضمن الحج عن عمرة الاسلام بل عليه أن يأتى بعمرة مفردة بإحرام مفرد لها (ومنها) إذا نذر الحج من عليه حج الفرض ثم حج حجة الاسلام فهل يجزئته عن فرضه ونذره على روايتين. (احدهما) يجزئته عنهما نص عليه أحمد في رواية أبى طالب ونقله عن ابن عباس وهى اختيار أبى حفص (والثانية) لا يجزئته نقلها ابن منصور وعبد الله وهى المشهورة. وقد حمل بعض الأصحاب كابى الحسين في التمام الرواية الأولى على صحة وقوع النذر قبل الفرض وفرضهما فيما إذا نوى النذر انه يجزئته عنه وتبقى عليه حجة الاسلام ولا يصح ذلك (ومنها) إذا نذر صوم شهر يقدم فيه فلان تقدم في أول رمضان، هل يجزئته رمضان عن فرضه ونذره على روايتين أشهرهما عند الأصحاب لا يجزئته عنهما والثانية يجزئته عنهما نقلها المروذى وصرح بها الخرقى في كتابه وحملها المتأخرون على أن نذره لم يتعقد لمصادفته رمضان ولا يخفى فساد هذا التأويل وعلى رواية الاجزاء فقال صاحب المغنى لا بد أن ينويه عن فرضه ونذره وقال الشيخ محمد الدين لا يحتاج الى نية النذر، قال وهو ظاهر كلام الخرقى واحد لانا نقدره كأنه نذر هذا القدر منجزاً عند القدوم فجعله كالنذر لصوم رمضان لحجة الفرضية وفيه بعد، ولو نذر صوم شهر مطلق فصام رمضان ينويه عنهما فانه يخرج على مسألة الحج، ذكره ابن الزاغونى وغيره (ومنها) لو نذر الصدقة بنصاب من المال وقت حلول الحول، فهل تجب فيه الزكاة على وجهين، وعلى القول بالوجوب فهل تجزئ الصدقة عن النذر والزكاة إذا نواه على وجهين واختيار صاحب المغنى الاجزاء وخالفه صاحب شرح الهداية (ومنها) لو طاف عند خروجه من مكة طوافاً ينوى به الزيارة والوداع، فقال الخرقى في شرح المختصر وصاحب المغنى في كتاب الصلاة يجزئته عنهما. ويتخرج فيه خلاف من المسألة التى بعدها (ومنها) لو أدرك الامام راكفاً فكبر | تكبيرة ينوى بها | تكبير الاحرام والركوع فهل يجزئته على وجهين حكاهما أبو الخطاب وغيره واختار | القاضى | عدم الاجزاء للثريك بين الركن وغيره وأخذ من نص احمد رحمه الله فيمن رفع رأسه من الركوع وعطس فقال | الحمد لله | (١) ربنا ولك الحمد ينوى به الواجب وسنة الحمد للعاطس أن لا يجزئته، واختار ابن شافلا الاجزاء وشبهه بمن أخرج في الفطرة أكثر من صاع

ولا يصح هذا التشبيه . ومن الاصحاب من قال إن قلنا تكبيرة الركوع سنة أجزأته (١) وحصلت السنة بالنية بما للواجب ، وإن قلنا واجبة لم يصح التشريك وفيه ضعف . وهذه المسألة تدل على أن تكبيرة الركوع تجزئ في حال القيام بخلاف ما يقوله المتأخرون .

(والضرب الثاني) أن يحصل له إحدى العبادتين بنيتها ، وتسقط عنه الأخرى ولذلك أمثلة :

(منها) إذا دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة فصلى معهم ، سقطت عنه التحية (ومنها) لو سمع سجدة منى ، فهل يسجد سجدة أم يكفى بواحدة ، المتخصص في رواية البرزاطى أنه يسجد سجدة ، ويخرج أنه يكفى بواحدة ، وقد خرج الاصحاب بالاكتفاء بسجدة الصلاة عن سجدة التلاوة وجهاً فها أولى (ومنها) إذا قدم المتمر مكة فانه يبدأ بطواف العمرة ويسقط عنه طواف القدوم ، وقياسه إذا حرم بالحج من مكة ثم قدم [يوم] النحر أنه يجزئه طواف الزيارة عنه والمنصوص ما هنا أنه يطوف قبله للقدوم ، وخالف فيه صاحب المغنى وهو الأصح (ومنها) إذا صلى عقب الطواف مكتوبة فهل يسقط عنه ركعتا الطواف على روايتين ، قال أبو بكر الأقبس إنها لا تسقط ، ونقل أبو طالب عن أحمد رحمه الله يجزئه ليس مما واجبتين ، ونقل الأثرم عنه أرى أن يجزئه وهذا قد يشعر بأنه يحصل له بذلك الفرض ركعتا الطواف فيكون من الضرب الأول . لكن لا يمتنع هنا نية ركعتي الطواف . ويشبه هذه الرواية التي حكاه أبو حفص البرمكي عن أحمد في الجنب إذا اغتسل بنوى الجنابة وحدها أنه يرتفع حدثه الأصغر تباً وهي اختيار الشيخ تقي الدين . وقد يقال المقصود أن يقع عقب (٢) الطواف صلاة كما أن المقصود أن يقع قبل الاحرام صلاة فأى صلاة وجدت حصلت المقصود (ومنها) لو أخر طواف الزيارة إلى وقت خروجه فطاف فهل يسقط عنه طواف الوداع أم لا على روايتين [ونص في رواية ابن القاسم على سقوطه (ومنها) إذا أدرك الامام ركعة لا تكبيرة الا حرام فهل تسقط عنه تكبيرة الركوع على رأيين] أيضاً والمنصوص عنه الاجزاء ، وهل يشترط أن ينوى بها تكبيرة الافتتاح أم لا على روايتين نقلهما عنه ابن منصور أحدهما لا يشترط بل يكفيه أن يكبر بنية الصلاة وإن لم يستحضر بقلبه انها تكبيرة الاحرام كما لو أدرك الامام في القيام . والثانية لا بد أن ينوى بها الافتتاح لأنه قد اجتمع ههنا تكبيرة ثان فوق الاشتراك «تاجت تكبيرة الاحرام الى نية تميزها بخلاف حال القيام فانه لم يقع فيه اشتراك (ومنها) إذا اجتمع في يوم عيد وجمعة فأيهما قدم أولاً في الفعل سقط به الثاني ولم يجب حضوره مع الامام . وفي سقوطه عن الامام روايتان . وعلى رواية عدم السقوط فيجب أن يحضر معه من تتعبد به تلك

(١) أجزأه : د (٢) عقب : د .

الصلاة ذكره صاحب التلخيص وغيره قصير الجملة هنا فرض كفاية تسقط بحضور أربين (ومنها) اذا اجتمع عقبة وأضحية قبل تجزئ الأضحية عن المقيقة ام لا. على روايتين منوصتين. وفي معناه لو اجتمع هدى وأضحية واختار الشيخ تقى الدين انه لا تضحية بمكة وانما هو الهدى (ومنها) اجتماع الأسباب التي يجب بها الكفارات وتتداخل في الايمان والحج والصيام والظهار وغيرها. فاذا أخرج كفارة واحدة عن واحد منها معين اجزاء وسقطت سائر الكفارات وان كان مبهما. فان كانت من جنس واحد اجزاء أيضا وجها واحداً عند صاحب المهر. وعند صاحب الترغيب ان فيه وجهين. وان كانت من جنسين فوجهان في اعتبارية التمين وأما الأحداث الموجبة للطهارة من جنس أو جنسين موجهما واحد فيتداخل موجهما بالنية أيضا بقير (١) اشكال وان نوى أحدهما فالشهور أنه يرتفع الجميع وينزل ذلك على التداخل كما قلنا في الكفارات أو على ان الحكم الواحد يعمل بعمل مستقلة. واذا نوى رفع حدث البعض فقد نوى واجبه وهو واحد لا تعدد فيه. وعن أبي بكر لا يرتفع الامانواه قال في كتاب المفتع اذا اجنبت المرأة ثم حاضت يكون الغسل الواحد لها جميعا اذا نوتها به. وينزل هذا على أنه لا يعمل الحكم الواحد بعلمتين مستقتلين بل اذا اجتمعت أسباب موجبة تعددت الاحكام الواجبة بتعدد أسبابها ولم تتداخل وان كانت جنساً واحدا ورجع صاحب المهر قول أبي بكر في غسل الجنابة والحيض لأنهما مختلفا الاحكام اذ المنع المرتب على الحيض يزيد على المنع المرتب على الجنابة لأنهما مختلفا الاجناس بخلاف غيرهما فهما كالجنسين وغيرهما كالجنس الواحد. ومن الاصحاب من قال ان نوت رفع حدث الحيض ارتفعت الجنابة الدخول موافقها فيه ولا عكس.

﴿ القاعدة التاسعة عشر ﴾

امكان الاداء ليس بشرط في استقرار الواجبات بالشرع في الذمة على ظاهر المذهب ويندرج تحت ذلك صور:

(منها) الطهارة فاذا وصل عادم الماء الى الماء وقد ضاق الوقت فعليه ان يتطهر ويصلي بعد الوقت ذكره صاحب المنى. وخالفه صاحب المهر وقال يصلي بالنيم وهو ظاهر كلام احمد في رواية صالح (ومنها) الصلاة فاذا طرأ على المكلف ما يسقط تكليفه بعد الوقت وقبل التمكن من الفعل فعليه القضاء في المشهور. وقال ابن بطة وابن أبي مومي لا قضاء عليه (ومنها) الزكاة فاذا (١) من غير: د

تلف النصاب قبل التمكن من الأداء فعليه أداء زكاته على المشهور إلا المعشرات إذا تلفت بأفة سبوية لكونها لم تدخل تحت يده فهي كالدين التأوى قبل قبضه وخرج الشيرازي وغيره وجهها بالسقوط مطلقاً (ومنها) الصيام فإذا بلغ الصبي مفطراً في أثناء يوم من رمضان أو أسلم فيه كافر أو طهرت حائض لزمهم القضاء في أصح الروايتين (ومنها) الحج فلا يشترط ثبوته (١) في الذمة التمكن من الأداء على أظهر الروايتين وإنما يشترط لزوم أدائه بنفسه . وأما قضاء العبادات فاعتبر الأصحاب له إمكان الأداء فقالوا فيمن أخر قضاء رمضان لعذر ثم مات قبل زواله أنه لا يلزم عنه وإن مات بعد زواله والتمكن من القضاء اعلم عنه . وأما [قضاء] المنذورات ففي اشتراط من الأداء وجهان فلو نذر صيماً أو حجاً ثم مات قبل التمكن منه فهل يقضى [عنه] على الوجهين وعلى القول بالقضاء فهل يقضى الصيام الفائت بالمرض خاصة أو الفائت بالمرض والموت أيضاً على وجهين .

﴿ القاعدة العشرون ﴾

النماء المتولد من المين حكمه حكم الجزء ، والمتولد من الكسب بخلافه على الصحيح . ويظهر اثر ذلك في مسائل :

(منها) لو كان عند مدون نصاب فأكمل نصاباً بتناجه فهل يحسب حوله من حين كل كما لو كان النتاج من غيره او من حين ملك الامهات لأن النتاج جزء من الامهات فهو موجود فيها بالقوة من أول الحول . في المسألة روايتان . ولو كان له مائة وخمسون درهماً فاجمر بها حتى صارت مائتين فحولاها من حين كل بغير خلاف لأن الكسب يتولد من خارج وهو رغبات الناس لا من نفس المين (ومنها) لو عجل الزكاة عن نماء النصاب قبل وجوده فهل يجزئه . فيه ثلاثة أوجه ثالثها يفرق بين أن يكون النماء نصاباً فلا يجوز (٢) لاستقلاله بنفسه في الوجوب وبين أن يكون دون نصاب فيجوز (٣) لتبعيته للنصاب في الوجوب ، ويتخرج فيه وجه رابع بالفرق بين أن يكون النماء نتاج ماشية او ربح تجارة فيجوز في الأول دون الثاني من المسألة التي قبلها (ومنها) لو اشترى شيئاً فاستقله وبما عنده ثم رده ببيع فان كان بمأوه كسباً لم يردده معه

قال كثير من الأصحاب بغير خلاف وان كان متولداً من عينه كالولد واللبن والصوف الحادث وثمرة الشجر فهل يردده معه فيه روايتان معروفتان (ومنها) لو قارض المريض في مرض الموت

وسمى للعامل أكثر من تسمية مثله صح ولم يحتسب من الثلث ولو ساقى وسمى للعامل أكثر من تسمية المثل فوجهان أشهرهما أنه يعتبر من الثلث لحدوث الثمر من عين ملكه (ومنها) لوضع العامل (١) المضاربة قبل ظهور الريح لم يستحق المضارب شيئاً ولو نزع المساقاة قبل ظهور الثمرة استحق العامل أجرة المثل لأن الريح لا يتولد من المال بنفسه وإنما يتولد من العمل ولم يحصل بعمله ربح والثمر متولد من عين الشجر وقد عمل على الشجر عملاً مؤثراً في الثمر فكان لعمله تأثير في حصول الثمر وظهوره بعد الفسخ (ومنها) أن المشاركة بين اثنين بمال أحدهما وعمل الآخر إن كان المشاركة فيما ينمو من العمل كالربح جاز كالمضاربة، ولكن دفع دابته (٢) أو عبده إلى من يعمل عليه بشيء من كسبه فإنه يجوز على الأصح وإن كانت المشاركة فيما يحدث عين المال كدر الحيوان ونسله فغير روايتان. وكثير من الأصحاب يختار فيه المنع لأن العامل لا يثبت حقه في أصل عين المال والمتولد من العين حكمه حكمها ولكن هذا ممنوع عند من أجاز الاستئجار على حصاد الزرع بجزمته أو على نسج الثوب ببعضه. وذلك منصوص عن أحد أيضاً. واستثنى من ذلك أو الخطاب في اتصاره بثمر الشجر فإذا عمل الشريك في شجر بينهما نصفين وشرطاً التفاضل في ثمرة جاز [عنده] وفرق بين الثمر وغيره بما يتولد من عين المال بأن العمل تأثيراً في حصول الثمر بخلاف غيره. ولهذا المعنى جازت المساقاة فأما الإجارة المحضة فيجوز فيها ينتفع باستغلاله وإجاراته من العقار وغيره. ولا يجوز فيما ينتفع بأعيانه إلا فيما استثنى من ذلك الحاجة كالطائر ونحوها. وعند تقي الدين رحمه الله أن الأعيان التي تستخلف شيئاً فشيئاً حكمه حكم المنافع فيجوز استيفائها بعقد الإجارة كما يستوفى بالوقف والوصية.

(القاعدة الحادية والعشرون)

وقد يختص الولد من بين سائر النعم المتولد من العين بأحكام. ويعبر عن ذلك بأن الولد هل هو كالجزء أو كالكسب والأظهر أنه جزء فمن ذلك لو ولدت الأمة الموقوفة ولدا فهل يكون ملكاً للوقوف عليه كثمر الشجرة أو يكون وقفاً معها على وجهين أشهرهما أنه وقف معها لأنه جزء منها ولهذا يصح وقفه ابتداء بخلاف الثمرة (ومنها) لو ولدت الموصى بمنافعها فإن قلنا الولد كسب فكله لصاحب المنفعة وإن قلنا هو جزء فيه وجهان أحدهما: أنه بمنزلتها. والثاني: أنه للورثة لأن الأجزاء لهم دون المنافع (ومنها) هل يتبع الولد أمه في الكتابة الفاسدة كالصحيحة فإن قلنا

هو جزء منها تبعها . وان قلنا هو كسب فقيه وجهان بناء على سلامة الاكتساب في الكتابة الفاسدة .

(الفاعلة الثانية والمشرون)

العين المنعصرة في غير هذا لم يظهر أثرها فهل هي كالمعدومة حكما أولا . فيه خلاف وينبغي عليه مسائل :
 (منها) الماء الذي استهلك في النجاسة فان كان كثيرا سقط حكمها بغير خلاف ، وان كان يسيرا فروايتان ثم من الأصحاب من يقول إنما (١) سقط حكمها والا فهي موجودة ومنهم من يقول بل الماء . أحالها لأن له قوة الاحالة فلم يبق لها وجود بل الموجود غيرها فهو عين طاهرة وهي طريقة أبي الخطاب (ومنها) اللبن المشوب بالماء المنعصر فيه هل يثبت به تحريم الرضاع فيه وجهان أحدهما وهو المحكى عن القاضي انه يثبت . والثاني لا واختاره صاحب المغني وعلى الأول فانما يحرم إذا شرب الماء كله ولو في دفعات ويكون رضعة واحدة ذكره القاضي في خلافه (ومنها) لو خلط خمرًا بماء واستهلك فيه ثم شر به لم يحسد هذا هو المشهور ، وسواء قبل بنجاسة الماء أولا . وفي التنبية لأبي بكر عبد العزيز من لت باخر سويقا او صبها في لبن او ماء جار ثم شر بها ففعله الحسد ، ولم يفرق بين ان يستهلك أولا يستهلك (ومنها) لو خلط زيت به زيت غيره على وجه لا يتغير فهل هو استهلاك بحيث يجب لصاحبه عوضه من أى موضع كان أو هو اشتراك . في المسألة روايتان المنصوص في رواية عبد الله وأبي الحارث انه اشتراك واختاره ابن حامد والقاضي في خلافه واختار في المجرى انه استهلاك . وأما ان كان المختلط غصبا فقال في رواية أبي طالب هذا قد اختلط أوله وآخره أصعب الى ان يتزه عنه كله يتصدق به وانكر قول من قال يخرج منه قدر ما خالطه . واختار ابن عقيل في فتنه التحريم لامتزاج الحلال بالحرام واستحالة افراد أحدهما عن الآخر وعلى هذا فليس له اخراج قدر الحرام منه بدون اذن المغصوب منه لانها قسمة فلا يجوز بدون رضا الشريكين . لكن لأصحابنا وجه في المكيل والموزون المشترك أن لأحد الشريكين الانفراد بالقسمة دون الآخر وهو اختيار أبي الخطاب وصح عليه أحمد في الدراهم ، ومنعه القاضي لكنه قال في خلافه ان كان الحق في القدر المختلط لأدمى معين لم تجز القسمة بدون اذنه وان كان لغير معين كالذى انقطع خبر مالكة ووجب التصديق به ، فلذلك الاستبداد بالقسمة لأن له ولاية التصرف فيه بالصدقة ، وهذا كله بناء على أنه اشتراك . وعن احمد رحمه الله رواية أخرى انه استهلاك قال في رواية المروزي يخرج الموض منه وهذا يحتمل انه أراد [أن] يخرج بدله عوضا منه وكفا ساقه

المروذي في كتاب الورع له أن أحمد قال يعطى العوض ولم يقل منه وإن كان أراد أنه يخرج العوض من نفس المختلط فهو بناء على أنه شركة وإن له الاستبداد بقسمة ذلك (ومنها) لو وصى له برطل من زيت معين ثم خلطه بزيت [آخر] فإن قلنا هو اشتراك لم يطل الوصية وإن قلنا هو استهلاك بطلت (ومنها) لو حلف لا يأكل شيئاً فاستهلك في غيره ثم أكله قال الأصحاب لا يحنث ولم يخرجوا فيه خلافاً لأنه مبني (١) على العرف ولم يقصدا لامتناع من مثل ذلك وقد يخرج فيه وجه بالحنث وقد أشار إليه أبو الخطاب كما سذكره، وهذا كله في المائعات والادعة (٢) ونحوها بما يختلط ببعض أجزائه ببعض، فأما الحبوب والدرهم ونحوها فمن الأصحاب من قال حكمها حكم المائعات فيما سبق وقرعوا على ذلك مسائل :

[منها] لو اشترى ممرة فلم يقبضها حتى اختلطت بغيرها ولم تميز فهل ينفسخ البيع على وجهين اختار القاضى في خلافه الانفساخ وفي المجرد عدمه (ومنها) لو حلف لا يأكل حنطة فأكل شعيراً فيه حبات حنطة قضى حنثه وجهان ذكرهما أبو الخطاب وغلطه صاحب الترغيب وقال يحنث بلا خلاف لأن الحب متميز لم يستهلك بخلاف ما لو طحنت الحنطة بما فيها فاستهلكته فإنه لا يحنث (ومنها) لو اختلطت دراهمه بدرهم مغسوبة فالمغسوبة عن أحمد في رواية المروذي إن كانت الدراهم قليلة كتلاته فيها درهم حرام ويجب التوقف عنها حتى يعلم وإن كانت كثيرة كتلاتين فيها درهم حرام فإنه يخرج منها درهما [واحداً] ويتصرف في الباقي وله نصوص كثيرة في هذا المعنى وعلل بأن الكثير يجحف بماله لإخراجه وأنكر على من قال يخرج هذا قدر الحرم من العليل كالثلثة إنكاراً [شديداً] وأما القاضى فتأول كلامه على الاستحباب لأنه كلما كثر الحلال بعد تناول الحرم وشق التورع عن الجميع بخلاف القليل . قال والواجب في الجميع إخراج قدر الحرام ، وكذلك (٣) ذكر ابن عقيل في فصوله (٤) وخالف في الفنون وقال يحرم الجميع (ومنها) لو خلط الوديفة وهي درهم بماله ولم تميز فالمشهور الضمان لعدوانه حيث فوت تحصيلها (٥) وعنه رواية أخرى لا ضمان عليه لأن النقود لا تتعلق الغرض بأعيانها بل بمقدارها وربما كان خلطها [مع ماله] أحفظ لها وعلى هذه الرواية فإذا تلف بعض المختلط بغير عدوان جمل التالف كله من ماله وجعل الباقي من الوديفة نص عليه لأن هذه الأصل أمانة (٦) بقاؤها ووجوب تسليمها ولم يتيقن زوال ذلك ولهد قلنا لو مات وعنده وديعة وجعل بقاؤها أنها تكون ديناً على التركة

(١) لأن مبنى الإيمان : د (٢) يريد بالادعة المدفوعات (٣) وإن ذلك (٤) تقطيع بالأصل (٥) تخليصها : د (٦) أمانة الأصل : د

وتأول القاضي وابن عقيل كلام أحمد رحمه الله في الضمان هنا على أن الخلط كان عدوانا وهذا يدل على أنه لا ضمان عندهما إلا مع التعدى ولو اختلطت الوديعة بغير فعله ثم ضاع البعض جعل من مال المودع في ظاهر كلام أحمد ذكر ما بو البركات ابن تيمية في شرح الهداية وقد تقدم أن القاضي ذكر في الخلاف أنهما يصيران شريكين قال أبو البركات ولا يبعد على هذا أن يكون الهالك منهما وذكر القاضي أيضا في بعض تعاليقه فيمن معه دينار أمانة لغيره فسقط منه مع دينار له في رضى فدارت عليهما حتى نقصا وكان نقص أحدهما أكثر من نقص الآخر ولم يدر أيهما له أنه يحتاط فيدفع إلى صاحب الأمانة ما يوجب على ظنه أنه قدر حقه فإن ادعى أن الثميل له فالقول قوله في الظاهر لأن يده عليه والله أعلم.

(القاعدة الثالثة والعشرون)

من حرم عليه الامتناع من بدل شيء مثله فامتنع فهل يسقط اذنه بالكلية أو يعتبر ويجبره الحاكم عليه هذا نوعان :

(أحدهما) أن يكون المطلوب منه إذناً مجرداً ويندرج تحته صور :

(منها) وضع الخشب على جدار جاره إذا لم يضر به وقد نص أحمد على عدم اعتبار اذنه في ذلك وفي التلخيص أنه يجبر عليه إن أباه (ومنها) حج الزوجة الفرض ونص أحمد في رواية صالح على أنها لا تمنع إلا باذنه وأنه ليس له منعها فعلى هذا يجبر على الإذن لها ونقل ابن أبي موسى عن أحمد أن استئذانها له مستحب ليس بواجب (ومنها) إذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد فهل يتوقف على إذن السيد ، حكى الأصحاب فيه روايتين : إحداهما لا تجب على العبد حتى يأذن له السيد . والثانية تجب بدون اذنه ويستحب له استئذانه فإن أذن له والا خالفه وذهب (ومنها) أخذ فاضل الكلاء والمأمن أرضه هل يقف جواز الدخول إلى الأرض على اذنه أم يجوز بدون اذنه على وجهين ونص أحمد على جواز الرعى في الأرض المنصوبة يدل على عدم اعتبار الإذن في ذلك ومن الأصحاب من قال الخلاف في غير المحوط [فأما المحوط] فلا يجوز دخوله بغير إذن بغير خلاف قال ومضى تعذر الاستئذان لغيره المالك أو غيرها أو استأذن فلم يأذن سقط اذنه كما في الولي في النكاح ونقل مثنى الأنباري عن أحمد ما يشرع بالفرق بين الدخول للماء والكلاء فيتعين الاستئذان للدخول للكلاء دون الماء (ومنها) بذل الضيافة الواجبة إذا امتنع منها جاز الأخذ من ماله ولا يعتبر اذنه في أصح الروايتين نقلها على بن سعيد عن أحمد ونقل عنه حنبلي لا يأخذ إلا بعلمهم ويطالبهم

بقدر حقه (ومنها) نفقة الزوجة الواجبة (ومنها) الطعام الذي يضطر إليه غيره فإنه يلزمه بذله له بقيمته فإن أذى فله مضطر أخذه قهراً وإلما سقط اعتبار الإذن في هذه الصور لأن اعتباره يؤدي إلى مشقة وحرج وربما أدى إلى فوات الحق بالسكينة

(النوع الثاني) أن يكون المطلوب منه تصرفاً لمقد أو فسخ أو غيرهما ويندرج تحته صور :

(منها) إذا طلب منه القسمة التي تلزمه الإجابة إليها والأصحاب يقولون يجبر على ذلك فإن كان المشترك مثلياً وهو المسكيل والموزون وامتنع أحد الشريكين من الإذن في القسمة أو غاب فهل يجوز للشريك الآخر أخذ قدر حقه منه بدون إذن الحاكم على وجهين (أحدهما) الجواز وهو قول أبي الخطاب (والثاني) المنع وهو قول القاضي لأن القسمة مختلف في كونها بيعاً وإذن الحاكم يرفع النزاع (ومنها) إذا امتنع من بيع الرهن فإن الحاكم يجبره عليه ويحبسه فإن أصر باع عليه ومن الأصحاب من يقول الحاكم غير أن شاء أجبره على البيع وإن شاء باع عليه وهو المجرى به في المفتى (ومنها) إذا امتنع من الاتفاق على بهائمه فإنه يجبر على الاتفاق أو البيع كذا أطلقه كثير من الأصحاب، وقال ابن الزاغوني إن أبي باع الحاكم عليه (ومنها) المولى إذا وقف ممتنع من الفيتة (١) فإنه يؤمر بالطلاق فإن طلق فذاك والا ففیه روايتان (أحدهما) يجبر على الطلاق بالحبس والتضييق (والثانية) يطلق الحاكم عليه (ومنها) العنين إذا انقضت مدته وتحقق عجزه وأبى أن يفارق زوجته فرق الحاكم بينهما (ومنها) إذا مثل بعده قال أحمد في رواية الميموني يمتعه السلطان عليه وظاهر هذا أنه لا يمتنع بمجرد التمثيل ولكن يمتعه السلطان عليه بغير اختيار لأن عتقه صار محتملاً لا محالة كما فعل عمر رضي الله عنه بخلاف طلاق المولى فإنه لو فاء لم يطالب بالطلاق، ويحتمل أن يكون مراده أن السلطان يحكم عليه بوقوع العتق كما هو المعروف في المذهب وفيه بعد (ومنها) الموصى بعتقه إذا امتنع الوارث من اعتاقه أعتقه السلطان عليه (ومنها) إذا اشترى عبداً بشرط العتق وقتلنا يضح على الصحيح فإبى أن يعتقه فيه وجهان وقيل روايتان (أحدهما) ونص عليها أحمد في رواية الأثرم أن البائع الفسخ بناء على أنه حق له (والثاني) أنه يجبر المشتري على عتقه بناء على أنه حق لله تعالى على هذا إذا امتنع وأصر توجه أن يمتعه الحاكم عليه (ومنها) الحوالة على المولى يعتبر لبراءة المحيل رضا المحال فإن أبى أجبره الحاكم عليه لأن احتياله (٢) على المولى واجب عندنا أو بعبارة بمجرد الحوالة فيه عن أحمد روايتان حكاهما القاضي في خلافة وطائفة من الأصحاب ومبناها على أن الحوالة هل هي نقل (١) يريد بالمولى هنا الذي حلف لا يطاق وجه أربعة أشهر أو أكثر والفيتة الرجوع (٢) كذا بالأصل

للحق أو تقيض فان قلنا نقلا لم يعتبر لها قبول . وان كانت تقيضا فلا بد من القبض بالقول وهو قولنا فيجبر المحتال عليه (ومنها) الولي في النكاح اذا امتنع من التزويج قبل يسقط حقه ويُنقل الى غيره من هو أبعد منه أولا فيقوم الحاكم مقامه على روايتين (ومنها) اذا أسلم على أكثر من أربعة وإني أن يختار منهن أجبره الحاكم على الاختيار وعززه مرة بعد أخرى حتى يختار . ولم يختر له اذا الاختيار موكل الى شهوده وعرضه لا غير [(ومنها) الكتابة اذا أوجبتاها بسؤال العبد فأبى السيد أجبره الحاكم عليها] (ومنها) اذا أتاه الغريم بدية الذي يجب عليه قبضه فأبى أن يقبضه . قال في المغنى يقبضه الحاكم وتبرأ ذمة الغريم لقيام الحاكم مقام الممتنع بولايته . ولو أنه الكفيل بالغريم فأبى أن يسلمه فقال في المغنى يشهد على امتناعه ويرأ لوجود الاحضار . وذكر عن القاضي أنه يرفعه الى الحاكم أولا ليسلمه اليه فان تعذر أشهد على امتناعه .

(القاعدة الرابعة والعشرون)

من تعلق بماله حق واجب عليه فبادر الى نقل الملك عنه صح ، ثم ان كان الحق متعلقا بالمال نفسه لم يسقط . وان كان متعلقا بالملك لمغنى زال بانتقاله عنه سقط ، وان كان لا يزول بانتقاله لم يسقط على الأصح ، ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) لو بادر الغال قبل احراق رحله وباعه فقيه وجهان حكاما في المغنى (احدهما) يصح لأن ملكه باق لم يزل ويسقط التحريق لا تنقله عنه فهو كالمات وانتقل الى وارثه (والثاني) ينسخ البيع ويحرق لأن حق التحريق أسبق وقد تعلق بهذا المال عقوبة للمالك على جريمته السابقة (ومنها) لو باع المشتري الشقص المشفوع قبل المطالبة بالشفعة فقيه وجهان (احدهما) ان البيع باطل لأن ملكه غير تام وهو ظاهر كلام أبي بكر في التنبيه (والثاني) ان البيع صحيح وهو قول الخرقى المشهور في المذهب لأن اخذ الشفع من المشتري الثاني ممكن فان اختار ذلك فعل وإلا فسخ البيع الثاني وأخذ من الأول لسبق حقه عليه (ومنها) لو أمر الذمي بهدم بناءه العالي فيأدر وباع من مسلم صح وسقط الهدم لزوال علته فانه لم يجب الهدم إلا لازالة ضرر استدامة تعلية الذمي لاقوبة للتعلية الماضية وقد زال الضرر بانتقاله الى المسلم فهو كما لو بادر المالك واسلم فان الهدم يسقط بلا تردد (ومنها) لو مال جداره الى ملك جاره فطولب هدمه فباع داره صح وهل يسقط

(١) ما بين المربعين عن نسختي الدار

الضمان عنه بالسقوط بعد ذلك على رواية التضمين أم لا . قال القاضي يسقط لأن الوقوع في غير ملكه وقال ابن عقيل ان قصد بيعه القرار من المطالبة بهدمه لم يسقط الضمان لانقاذ سببه في ملكه كما لو باع سهما بعد خروجه من كبد القوس فان عليه ضمان ما يتلفه قال وكذا لو باع فخاً أو شبكة منصوبتين فوق وقع فيها صيد في الحرم أو مملوك للغير لم يسقط عنه ضمانه . والظاهر ان القاضي لا يخالف في هذه الصور فانه قال فيما اذا أخرج جناحاً أو ميراً إلى الطريق ثم باع ملكه بعد المطالبة بإزالته ثم سقط فعليه الضمان . لأن خروجه الى غير ملكه حصل بفعله بخلاف ميل الحائط فانه لا فصل له فيه وإنما يلزمه ازالته على وجه ممكن ولا يمكنه نقضه بعد زوال ملكه عنه (ومنها) لو اشترى عبداً بشرط العتق ثم باعه بهذا الشرط فهل يصح أم لا . على وجهين حكاهما الأزهري في نهايته وصح عدم الصحة لأنه يتسلسل ولأن تعلق حق العتق الواجب عليه يمنع الصحة ، كما لو نذر عتق عبداً فانه لا يصح بيعه وعندى أن هذا الخلاف مترتب (١) على أن الحق هل هو لله ويجبر عليه أن أباه أو للبائع ، فلي الأول هو كالمندور عتقه وعلى الثاني يسقط الفسخ لزوال الملك وللبايع الرجوع بالأرض فان هذا الشرط ينقص به الثمن عادة ، ويحتمل أن يثبت له الفسخ لسبق حقه (ومنها) لو باع العبد الجاني لزمه افتداؤه فان كان مفسراً ففسخ البيع تقديماً لحق المجني عليه لسبقه (ومنها) لو باع الوارث التركة مع استغراقها بالدين (٢) ملتزماً لضمانه ثم عجز عن وفائه فانه يفسخ البيع (ومنها) لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب ثم أعصر فهل يفسخ في قدر الزكاة أم لا ، فيه وجهان مرتبان على أن الزكاة هل كانت متعلقة بعين المال أو بذمة ربه فان قبل بعين المال ففسخ البيع لاستيفائها منه والا فلا .

(القاعدة الخامسة والعشرون)

من ثبت له ملك عين بيئته أو اقرار فهل يتبعها ما يتصل بها أو تولد منها أم لا . في المسألة خلاف ولها صور :

(منها) أن من ثبت للملك أمة في يد غيره ومعه ولد لها فهل يتبعها في الملك اذا ادعاه على وجهين (احدهما) لا وهو الذي ذكره القاضي لأنه لا يتبعها في بيع ولا غيره ويجوز أن يكون ولدته قبل ملكه لها (والثاني) واليه ميل ابن عقيل أنه يتبعها لأنه من أجزائها وقد ثبت سبق اليد الحكيمة لليد المشاهدة فتكون مرجحة عليها ، ويشبه هذه المسألة ما اذا ادعى أمة في يد غيره أنها أم ولده وان

(١) في نسختنا مرتب (٢) الدين نسختنا

ولدها منه [حر] وأقام بذلك شاهدا وحلف معه أو رجلا أو امرأتين ثبت ملكه عليها وثبت استيلاؤها بأقراره وفي الولد روايتان حكاهما أبو الخطاب (أحدهما) ثبت نسب وحريته لكونه من نملها فيتبعها ويكون ثبوت ذلك بالأقرار لا بالبيعة (والثانية) لا يثبت النسب ولا الحرية لأنهما لا يشتان بهذه الشهادة وفيه وجه يثبت النسب دون الحرية وتبقى [صححة] الولد على ملك من كانت يده بناء على صحة استلحاق نسب العبد كما جزم به صاحب التلخيص (ومنها) لو ثبت له ملك أرض في يد غيره بيعة أو أقرار وفيها شجر قائم فهل يتبعها أم لا . يحتمل أن يخرج على وجهين بناء على أن الشجر هل يتبع في البيع أم لا وافق الشيخ تقي الدين رحمه الله أن ما كان متصلا بالأرض من الشجر فيد أهل الأرض ثابتة عليه ما لم تأت حجة تدفع (١) موجب اليد، مثل أن يكون الفارس قد عرف أنه غرسه بماله وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل في الرهن فيها إذا اختلف المتراهنان في رهنية الشجر في الأرض المرهونة أن القول قول المالك لأن الاختلاف هنا في عقد واليد لا تدل عليه بخلاف ما لو كان الاختلاف في ملك وصرح صاحب التلخيص بأن ما في دار الإنسان يكون في يده ولو كان منفصلا منقولا ويحتمل تخريج ذلك على الروايتين في ملك المباحات الحاصلة في أرضه بمجرد حصولها في الأرض نظراً إلى أن الأرض هل هي كاليد أم لا فإن قامت البيعة أن هذه الشجرة له وعليها عمر فقال ابن عقيل يحكم له به حتى لو كان الثمر يد رجل وتبين سبق ملك الشجرة لغيره حكم له بالثمرة لثبوت سبق ملكه على اخذ غيره للثمرة و[يخرج] فيه وجه آخر كالولد وبه جزم ابن عقيل في كتاب القضاء (ومنها) لو ثبت أن هذا العبد ملك له وهو في يد غيره وعلى العبد ثياب فادعاهما من العبد في يده . فقال صاحب الكافي والترغيب هي له لأن يده عليها وهي منفصلة عن العبد ويحتمل وجهين آخرين (أحدهما) أن ما يتبع العبد من الثياب في البيع يتبعه هاهنا ومالا فلا (والثاني) أن تناولت مدة هذه اليد بحيث تبلى فيها ثياب العبد عادة فالقول قول من هي في يده والا فلا لحاقها بالمعيب المتنازع في حدوثه عند البائع أو المشتري إذا لم يحتمل الحال الا قول أحدهما وحده (ومنها) لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء من الدار المستأجرة فذكر الأصحاب أن ما يتبع في البيع فهو للمؤجر ومالا يتبع ان كانت جرت به العادة في المنازل فقيه خلاف . والمقصود أنه للمؤجر أيضاً وكذلك الوجهان لو تنازع المؤجر والمستأجر في كنز مدفون في الأرض وهل الحكم مختص بحالة بقاء يد المستأجر أم لا . صرح في التلخيص في مسألة الكنز بأن الخلاف في صورة بقاء الاجارة وانقضائها ، ويشهد له مسألة المال المدفون إذا ادعاه من

كانت الأرض له ووصفه أنه يقبل منه وكذلك حكم اختلاف الزوجين في متاع البيت جاز (١) مع بقاء الزوجية وزوالها في أحد الطريقتين للاستحباب (ومنها) لو أقرله بمظروف في ظرف كتمر في جراب أو كسيف في قراب أو فص في خاتم أو رأس أو كارع في شاة أو نوى في تمر فقيه وجهان أشهرهما يكون مقرا بالمظروف دون ظرفه ، وهو قول ابن حامد والقاضي وأصحابه لأن الظرف غير مقر به وإنما هو موصوف به فهو كقوله دابة في اصطبل والوجه الثاني [هو] مقر بهما ولا يمكن ثم فائدة لذلك الظرف . وفرق بعض المتأخرين بين ما يتصل بظرفه عادة أو خلقه فيكون اقراراً به دون ما هو منفصل عنه عادة ويحتمل التفريق بين أن يكون الثاني تابعا للأول فيكون اقراراً به كتمر في جراب أو سيف في قراب وبين أن يكون متبوعا فلا يكون اقراراً به كنوى في تمر ورأس في شاة وأما أن قال خاتم فيه فص وجراب فيه تمر وقراب فيه سيف فقبل هو على الوجهين مطلقا وقيل في قوله خاتم فيه فص أنه اقرار بهما جميعا بغير خلاف لأن إطلاق الخاتم يدخل فيه الفص فإذا وصفه بالفص يتقن دخوله فيه ولم يجز إخراجها منه كقوله نمل لها شرك أو شاة عليها صوف أو في ضرعها لبن ونحو ذلك وفي التلخيص لو أقر بخاتم ثم جاء بخاتم فيه فص وقال ما أردت الفص احتمل وجهين أظهرهما دخوله لشمول الاسم قال ولو قال له عندي جارية فهل يدخل الجنين في الإقرار إذا كانت حاملا يحتمل وجهين .

(القاعدة السادسة والعشرون)

من ألتف شيئا لدفع أذاه لم يضمنه وإن ألقه لدفع أذاه به ضمنه ويتخرج على ذلك مسائل :
 (منها) لو صال عليه حيوان آدمي أو بهيمة (٢) فدفعه عن نفسه بالقتل لم يضمنه ولو قتل حيوانا لغيره في مخمصة ليحيي به نفسه ضمنه (ومنها) لو صال عليه صيد في أحراره فقتله دفعا عن نفسه لم يضمنه على أصح الوجهين وإن اضطر فقتله في المخمصة ليحيي به نفسه ضمنه (ومنها) لو حلق المحرم رأسه لتأذبه بالقمل والوسخ فداه لأن الأذى من غير الشعر ولو خرجت في عينه شعرة فقلعها أو نزل الشعر على عينيه فأزاله لم يفده (ومنها) لو أشرفت السفينة على الفرق فألقى متاع غيره ليخففها ضمنه ولو سقط عليه متاع غيره ضحى أن يهلكه فدفعه فوقع في الماء لم يضمنه (ومنها) لو وقعت بيعة نعام من شجرة في الحرم على [عين] إنسان فدفعها فانكسرت فلا ضمان عليه بخلاف مالو احتاج إلى أكلها لمخمصة (ومنها) لو فلع شوك الحرم لأذاه لم يضمنه ولو احتاج إلى إيقاد ضمن (١) في نسختي الدار : جار . (٢) فيهما : أو بهيم .

شجرة ضمنه ذكره أبو الخطاب وغيره وخالف صاحب المخني في جواز قطع الشوك للنص الوارد فيه .

{ القاعدة السابعة والعشرون }

من ألتف نفساً أو أفسد عبادة لنفع يعود الى نفسه فلا ضمان عليه ، وإن كان النفع يعود الى غيره فعليه الضمان .

فن ذلك الحامل والمرضع اذا أفطرتا خوفاً على أنفسهما فلا فدية عليهما ، وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما فعليهما الفدية في المشهور عند الأصحاب (ومنها (١)) لو نجى غريقاً في رمضان فدخل الماء في حلقة وقتلنا يطر به فعليه الفدية ، وإن حصل له بسبب انتقاده ضعف في نفسه فأفطر فلا فدية عليه كالمريض في قياس المسألة التي قبلها وفي التلخيص بعد أن ذكر الفدية على الحامل والمرضع للخوف على جنينيهما ، وهل يلحق بذلك من اقتصر الى الإفطار لا تقاذ غريق يحتمل وجهين (ومنها) لو دفع صائلاً عليه بالقتل لم يضمنه ولو دفعه عن غيره بالقتل ضمنه ذكره القاضى وفي الفتاوى الرجيبات عن ابن عقيل وابن الزاغونى لا ضمان عليه ايضاً (ومنها) لو أكره على الحلف يمين لحق نفسه فحلف دفماً للظلم عنه لم تتمدد يمينه ولو أكره على الحلف لدفع الظلم عن غيره فحلف انقضت يمينه ذكره القاضى في شرح المذهب وفي الفتاوى الرجيبات عن أبي الخطاب ايضاً لا تتمدد وهو الأظهر

{ القاعدة الثامنة والعشرون }

إذا حصل التلف من فعلين أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه وجب الضمان كاملاً على الصحيح ، وإن كان من فعلين غير مأذون فيهما فالضمان بينهما نصفين حتى لو كان أحدهما من فعل من لا يجب الضمان عليه لم يجب على الآخر أكثر من النصف ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) إذا زاد الامام سوطاً في الحذف فمات المحدث فحكى أبو بكر في المسألة قولين (أحدهما) يجب كمال الدية (والثاني) يجب نصفها والأول هو المشهور وعليه القاضى واصحابه لأن المأذون فيه لا اثر له في الضمان وإنما الجناية ما زاد عليه فأسند بالضمان اليها (ومنها) لو اقتصر من الجاني ثم جرعه دو أو غيره عدواناً وجب كمال الدية وفيه وجه آخر انه يجب نصفها (ومنها) لو رمى صيداً فأثبتته ولم يوجهه ثم رماه آخر رمية خير موجه ومات من الجرحين وجب ضمان (١) في د : ومته في كل القاعدة .

الصيد كله مجروحاً بالجرح الأول على الثاني على المشهور من المذهب ، لكن من الأصحاب من يعلله بأن رمى الثاني انفراداً بالدوان فاستقل بالضمان ومنهم من يعلله بأن رميه كان سبباً للتحريم فلذلك وجب عليه كمال الضمان ويتخرج على التعليل الأول وجه آخر بأنه يضمته بنصف القيمة عما قبلها (ومنها) لو استأجر دابة لمسافة معلومة فواد عليها او لحمل مقدار معلوم فواد عليه فتلقت الدابة فإنه يضمها بكامل القيمة نص عليه في الصورة الأولى وخروج الأصحاب وجهاً آخر بضمان النصف من مسألة الحد وكذلك حكم ما اذا ركب الدابة مع المستأجر غيره فتلقت تحتها (ومنها) اذا اشترك عمل وعمرم في جرح صيد ومات من الجرحين فإنه يلزم المحرم ضمانه كاملاً هذا ظاهر كلام أحمد رحمه الله في رواية ابن منصور ومنها وقال القاضي في المجرى مقتضى الفقه عندي أنه يلزمه نصف الجزاء وقاسه على مشاركة من لا ضمان عليه في اتلاف النفوس والأموال والفرق واضح إذ الاذن هناك متلف ومنها موجود نعم ان قصد المحل اعانة المحرم ومساعدته على قتل الصيد توجه ما ذكره القاضي فإنه يكره له ذلك او يحرم عليه كما اذا باع من لا جمعة عليه لمن عليه الجمعة بعد النداء [(ومنها) لو اشترك في جرح آدمي مقتص وغيره فهل يجب على شريك المقتص ثل الدية ونصفها على وجهين] (ومنها) لو تزوج امرأة ثم دفنها هو واجني فأذهب عذرتها ثم طلقها قبل الدخول فنص أحمد في رواية منها على أنه يجب على الأجنبية نصف الغرم (١) وهو أرش البكارة وعلى الزوج نصف المهر فقط من غير أرش . ووجه ذلك ان اذهاب البكارة على هذا الوجه غير مأذون فيه فيسقط الضمان به ولزم الأجنبية نصف الأرش ، واما الزوج فأرش البكارة غير مضمون عليه وإما المضمون عليه المهر ولم يوجد ما يقرره وخروج صاحب المغنى وجهاً آخر أنه يتقرر المهر كله على الزوج بهذا الفعل مع انفراده به ، لأن الأجنبية لو استقل بهذا الفعل للزمه مهر المثل كله على رواية منصوطة نقلها منها ايضاً فاذا كان موجباً للمهر ابتداء فلائق يقرره أولى ولكن في صورة الاشتراك في الفعل غير المأذون فيه إنما يجب على الزوج نصف الضمان نعم يتخرج من هذه الرواية رواية أخرى ان الأجنبية هنا عليه نصف مهر المثل ، واختار ابن عقيل ان الزوج هنا يجب عليه نصف أرش البكارة مع نصف المهر لأن الزوج انما يستحق اتلاف البكارة تبعاً لاستيفاء حقه من الوطء فاذا أتلفه على غير هذا الوجه ضمنته كالمستعير اذا أتلّف نخل المنشقة مثلاً بغير استعمال فإنه يضمّن . وايضاً فلو وجب لرجل قصاص على آخر في نفسه فقطع بعض أعضائه عدواناً ضمنته لأنه لم يستحق اتلاف بعض أعضائه الا تبعاً لاتلاف

(١) في نسخي الدار . نصف العقر .

جعله لاستقلالاً . وفيه وجه آخران الارش كله او مهر المثل على الاجنبي لان الزوج ماذون له في اتلاف هذا الجزء في الجلة فيكون الاجنبي منفرداً بالجناية عليه فيستكمل عليه الضمان (١) [ولو رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر على أحدهم فقتله فهل يجب على الآخرين ثلثا دية أو كلها على روايتين]

(القاعدة التاسعة والعشرون)

من سومع في مقدار يسير فزاد عليه فهل تنتفى المسامحة في الزيادة وحدها أو في الجميع فيه وجهان وللمسألة صور :

(منها) الوكيل في البيع مع الاطلاق يملك البيع بضمن المثل وبدونه بما يتغابن بمثله عادة فاذا باع بمالا يتغابن بمثله عادة فهل يضمن بقية ثمن المثل كله أو القدر الزائد عما يتغابن به عادة على وجهين ورجح على ابن عقيل ضمان بقية ثمن المثل كله واستشهد له بالنجاسة الكثيرة في الثوب يجب غسلها ولا يفرد هنا ما يعنى عنه بانفراده وكذلك العمل الكثير في الصلاة فانه لو أفرد منه القدر المعفو عنه بانفراده فقد يصير الباقي يسيراً فيلزم العفو عن الكل وكذلك حكم ضرب العصي معله أو المرأة زوجها ضرباً مبرحاً وماتاً ضمن الدية كلها ولو عفى عن القدر المباح بانفراده لم يجب مال الدية وهذه الصورة الأخيرة ترد إلى القاعدة التي قبل هذه حيث كان التلف تولد من ضرب ماذون فيه وغير ماذون فوجب كمال الضمان كالوزاد على الحد سوطاً فلا دلالة له فيها (ومنها) لو أكل المضى جميع أضحيته فهل يلزم ضمان ثلثها أو ما يقع عليه الاسم على وجهين ولو تصدق أولاً بما يقع عليه الاسم أجرأه لأن الصدقة بالثلث كله مستحب ليس بواجب على المشهور في المذهب (ومنها) لو تعدى الخارج من السيل موضع العادة فهل يجب غسل الجميع أو القدر المجاوز لموضع العادة ويجزى الحجر في موضع العادة على وجهين . أشهرهما ان الواجب غسل المتعدى خاصة وهو قول القاضى وربما نسب الى نص احد لأن هذا لا ينسب فيه الى تقييد وتمتد بخلاف الوكيل والمضى ، والثاني يلزمه غسل الجميع وبه جزم القاضى ابو يعلى الصغير ولم يحك فيه خلافاً (ومنها) لو أدى زكاته الى واحد وقتلنا يجب الاداء الى ثلاثة فهل يضمن الثلاثين وما يقع عليه الاسم على وجهين .

(القاعدة الثلاثون)

إذا خرج عن ملكه مال على وجه العبادة ثم طرأ ما يمنع اجزائه والوجوب فهل يعود الى ملكه ام لا فيه خلاف .

(فمن ذلك) إذا أوجب هديا واضحية عن واجب في ذمته ثم تبعت فانها لا تجزئه وهل يعود الميب الى ملكه على روايتين (ومنها) اذا جعل الزكاة فدفعها الى الفقير ثم هلك المال فهل يرجع بها ام لا على وجهين (ومنها) لو جعل عن ثلاثين من البقر تبعها ثم تبعت عشرة قبل الحول وقتنا لا يجوز التبع عن شيء منها فهل يرجع به (١) يخرج على الوجهين .

(القاعدة الحادية والثلاثون)

من شرع في عبادة تلزم بالشروع ثم فسدت فعلية قضاؤها على صفة التي افسدها سواء كانت واجبة في الذمة على تلك الصفة أو دونها ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا صلى المسافر خلف مقبم وفسدت صلاته فانه يجب عليه قضاؤها تامة (ومنها) إذا أحرم من بلفه ثم افسد نسكه بجماع وجب قضاؤه والاحرام من موضع احرامه أولا نص عليه احمد بخلاف ما إذا أحصر في نسكه ذاك ثم قضاؤه فانه لا يلزمه الاحرام الا من الميقات نص عليه ايضا لأن المحصر فيه لم يلزمه تامة (ومنها) إذا عين عما في ذمته من الهدى والاضحية ما هو أزيد صفة من الواجب ثم تلف فان كان تلفه بتفريطه فعليه إبداله بمثله وان كان بغير تفريط ففيه وجهان . حكاهما القاضي في شرح المذهب وجزم صاحب المنى بأنه لا يلزمه أكثر مما كان في ذمته لأن الزيادة وجبت بتعيينه وقد تلفت بغير تفريط فسقطت كما لو عين هديا تطوعا ثم تلف (ومنها) لو نذر اعتكافا في شهر رمضان ثم افسده فهل يلزمه قضاؤه في مثل تلك الايام على وجهين . وظاهر كلام أحمد لزومه وهو اختيار ابن أبي موسى لأن في الاعتكاف في هذا الزمن فضيلة لا توجد في غيره فلا يجرى القضاء في غيره كما لو نذر الاعتكاف في المسجد الحرام ثم افسده فانه يتعين القضاء فيه ولأن نذر اعتكافه يشتمل على نذر اعتكاف ليلة القدر فتعين لأن غيرها لا يساويها وعلى هذا فنقول لو نذر اعتكاف عشرة أيام فشرع في اعتكافها في أول العشر الاواخر ثم افسده لزمه قضاؤه في العشر من قابل لأن اعتكاف العشر لزمه بالشروع عن نذره فاذا افسده لزمه قضاؤه على صفة ما افسده .

(١) في د : فهل يسترجع تخرج الخ .

(القاعدة الثانية والثلاثون)

يصح عندنا استثناء منفعة العين المتقل ملكها من ناقلها مدة معلومة ، ويتخرج على ذلك مسائل :
 (منها) المبيع إذا استثنى البائع منفعة مدة معلومة صح ، وحكى فيه رواية أخرى بصدور الصحة (ومنها) الوقف يصح أن يقف ويستثنى منفعة مدة معلومة أو مدة حياته لأن جهالة المدة هنا لا تؤثر فإنها لا تزيد على جهالة مدة كل يطن بالنسبة إلى من بعده (ومنها) العتق ويصح أن يعتق عبده ويستثنى نفعه مدة معلومة نص عليه لحديث سفينة ~~و~~كذا لو استثنى خدمته مدة حياته وعلى هذا يتخرج أن يعتق أمته ويجعل عتقها صداقها لأنه استثنى الاتفاق بالبيع ويملكه بعقد النكاح وجعل العتق عوضاً عنه فالعقد في آن واحد (ومنها) إذا كاتب أمته واستثنى منفعة الوطء فإنه يصح على المذهب المنصوص بأنه إنما نقل بالكتابة عن ملكه منافعتها دون رقبته (ومنها) الوصية فيصح أن يوصى بركة عين لشخص وينفعها لآخر مطلقاً أو مدة معلومة أو نفعها (١) للورثة (ومنها) الهبة يصح أن يهب شيئاً ويستثنى نفعه مدة معلومة وبذلك أجاب الشيخ موفق الدين رحمه الله (ومنها) عوض الصدق والخلع والصلح على مال وقياس المذهب صحة استثناء المنفعة فيها .

(القاعدة الثالثة والثلاثون)

الاستثناء الحكمي هل هو كالأستثناء اللفظي أم تقتصر فيه الجهالة بخلاف اللفظي (٢) فيه وجهان والصحيح عند صاحب المغنى الصحة ، وهو قياس المذهب خلافاً للقاضي ويخرج على ذلك مسائل :
 (منها) لو باع أمه حاملاً بجر وقلنا لا يصح استثناء الحمل لفظاً فهل يصح أم لا على وجهين .
 (ومنها) لو باع عقاراً استحق فيه السكنى (٣) الزوجة الممتدة من الوفاة بالحمل فهل يصح قال في المغنى لا ، لأن مدة الحمل بمجولة بخلاف مدة الأشهر ، وقال الشيخ مجد الدين في مسودته على الهداية قياس المذهب صحة البيع وأطلق (ومنها) بيع الدار المؤجرة نصح وسواء علم المشتري بالاجارة أو لم يعلم نص عليه أحمد في رواية جعفر بن محمد ، وقال في رواية الميموني ليس له أن يبيعها حتى يبين فقد يكون مأخذه اشتراط العلم بالمستثنى من المنافع في العقد ، وقيل لأن البيع المطلق يتناول (٤) المنافع وهي الآن ملك لغيره فيشبهه تفريق الصفقة ولكن أحمد إنما أوجب بيان ذلك لأن تركه
 (١) في نسختنا يفترق (٢) كذا في نسختنا وفي ٧١٢ أو يقيها : وفي ٧١١ أو بنفقتها (٣) سكنى : د
 (٤) وفي نسختنا : تناول ..

تدليس وتفرير ، ولم يتعرض للصحة والبطالان ، وسواء علم بمقدار مدة الاجارة أو لم يعلم هذا قياس المذهب ، وقد ذكروا أنه لو اشترى صبرة من طعام فإن تحتها دكة (١) فإن علم بذلك فلا خيار له وإلا فله الخيار ، وعليها يفتى الى دخوله على جهالة مقدار الصبرة ولو استثنى بلفظه ذلك لم يصح (ومنها) لو اشترى أمة مزوجة صح سواء علم بذلك او لم يعلم وتقع منافع البضع مستثناة في هذا العقد حكما ، ولو استثناهما في العقد لفظا لم يصح (ومنها) لو اشترى شجرا [و] عليه ثمر أو أرضا فيها زرع أو دارا فيها طعام كثير صح ووقع بقاء الثمر والزرع والطعام مستثنى الى اوان تفريره على ما جرت به العادة وذلك مجهول ، ولو استثنى بلفظه مثل هذه المدة لم يصح (ومنها) لو اشترى أمة أو عبدا محرما صح ووقع مدة أحرامه مستثنى من البيع ، وسواء علم (٢) بذلك [المشتري] او لم يعلم نص عليه أحمد مع ان مدة الاحرام لا تنضب لاسيا بالعمرة قد يقع الابطاء في السير لعائق أو غيره لكن قد يقال ان المسافة معلومة وافعال الناسك معلومة فصار كاستثناء ظهر الدابة الى بلد معين .

(القاعدة الرابعة والثلاثون)

استحقاق منافع العبد بمقد لازم يمنع من سريان العتق اليها كالاستثناء في العقد ، وأولى لأن الاستثناء الحكمى أقوى ، ولهذا يصح بيع العين المؤجرة والأمة المزوجة عند من لا يرى استثناء المنافع في العقد خلافا للشيخ تقي الدين في قوله يسرى العتق اليها ان لم يستثن ، ويتفرع على هذا مسائل : (منها) اذا عتقت الأمة المزوجة لم تملك منفعة البضع التي هي مورد النكاح [و] بما ثبت لها الخيار تحت العبد لأنها كملت تحت ناقص فزالت كفاءته بذلك او تعبدت غير معقول المعنى . ومن قال بسراية العتق قال قد ملكت بعضها فلم يبق لأحد عليها ملك فصار الخيار لها في المقام مع الزوج او مفارقتها سواء كان حرا أو عبدا وعلى هذا لو استثنى منفعة بعضها للزوج صح ولم تملك الخيار سواء كان زوجها حرا أو عبدا ذكره الشيخ وقال هو مقتضى المذهب ويرد على هذا القول بملكها بعضها انه يلزم منه انفساخ نكاحها حيث لم يبق للزوج ملك عليها . ولا قائل بذلك على أنه يمكن ان يقال عتق بعضها لا يلزم منه ثبوت الخيار لها على الحر لأن حرية البضع لا تنافي استحقاق منفعتها بعقد النكاح ابتداء فالحرية الطارئة به أولى (ومنها) لو اجر عبده مدة ثم اعتقه في أثناءها لم تنسخ الاجارة على المذهب ، وعند الشيخ تنسخ الا ان يستثنى في العتق وخرج صاحب المقنع ذلك وجها لتالبناء على السراية بل بناء على زوال ولاية السيد عن عبده بعتقه فيكون كما لو اجر الولي الصبي مدة

(١) نسختنا : تكة (٢) الاصل : عليه .

ثم بلغ في أثنائها فانه ينفسخ في وجهه [وهو ضعيف] فان الولي تنقطع ولايته بالكلية عن الصبي يلوغه رشيدا بخلاف السيد فان له استثناء منافعه بالشرط، والاستثناء الحكى اقوى كما تقدم (ومنها) لو اعتق الورثة العبد الموصى بمنافعه صح ولم يسر الى المنافع.

{ القاعدة الخامسة والثلاثون }

من ملك منفعة عين بعقد ثم ملك العين بسبب آخر هل ينفسخ العقد الاول أم لا هاهنا صورتان:

(أحدهما) أن يكون العقد الذى ملك به المنفعة عقدا مؤبداً، فان لم يكن عقدا معاوضة فلامعنى لانفساخه كالموصى له بمنافع الأمة اذا اشتراها فانه يجتمع له ملكها بالمقدين ولا ضرر في هذا (١) فهو كما لو كان ملكه للمنفعة بغير عقد كملك الورثة لمنافع العين الموصى رقبته اذا اشتروها من الموصى له، وان كان عقد معاوضة وهو النكاح انفسخ بملك الرقبة، لانه ملك ضعيف ومختلف في مورده هل هو المنفعة او الاتفاح ويختص بمنفعة البضع ويملك به الاستمتاع بنفسه دون المعاوضة عليه فلا يجتمع مع الملك القوى، وهو ملك الرقبة [بل يندفع به ولا نقول إنه يدخل ملكه في ملك الرقبة] لأن مالك الرقبة لم يكن مالكا له فكيف يتضمن عقده على الرقبة بملكه (٢) بل نقول قد اجتمع له ملك الرقبة بجميع منافعها بجهة وملك البضع [ملكاً] بجهة أخرى ضعيفة فبطلت خصوصيات الجهة الضعيفة كلها لمصيره مالكا للجميع ملكا تاما وهذا صحيح فانه لا يمكن بعد هذا الملك أن يقال انه يملك الاتفاح بالبضع دون منفعته ولا أنه يملك الاتفاح به بنفسه دون المعاوضة عليه فتعين الفاء خصوصيات عقد النكاح كلها.

(والصورة الثانية) ان يكون العقد المملوك به بالمنفعة غير مؤبد، كالاجارة فاذا ملك [العين] بعد ذلك فهل ينفسخ، فيه وجهان ويندرج تحت ذلك صور:

(منها) لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها ففي انفساخ الاجارة وجهان حكاهما الأصحاب وربما حكى روايتان (أحدهما) ينفسخ لانه ملك (٢) الرقبة فبطل ملك المنفعة كما لو اشترى زوجته (والثاني) لا ينفسخ وهو الصحيح وهو اختيار القاضى وابن عقيل والاكثرين لأن المنافع ملكها أولا بجهة الاجارة وخرجت عن ملك المؤجر، والبيع بعد ذلك يقع على ما يملكه البائع وهو العين المسلوقة النفع فصار كالموصى له بمنافعه من الورثة واستأجر المنافع من

(١) ذلك: د (٢) ملكه: د (٣) في نسختنا: يملك

مالكه في عقد أو عقدين فإن الاجارة لا تنفسخ بغير خلاف ولا منافاة بين ثبوت البيع والاجارة بخلاف النكاح ، وأيضا فالملك ههنا أقوى من ملك النكاح لأنه يملك الارتفاع والمعاوضة ، وملك به عموم المنافع فلا تنفسخ بملك الرقبة ، فإن قيل لو لم تنفسخ الاجارة لعادت المنافع بعد انقضاء مدتها الى المؤجر لأنه لم يدخل في عقد البيع ، وانما استأجرها مدة مؤقتة بخلاف الزوج لأنه ملك المنفعة ملكا مؤبدا فالجواب أن [البائع ياع^(١)] ما يملكه من العين ومنافعها التي يستحقها بعد انقضاء مدة الاجارة فانه يملك العقد على المنافع التي تلي العقد والتي تتأخر عنه بالاجارة عندنا فبالبيع أولى ، اما ان كان الاستئجار من غير البائع وكان المالك للمنافع المؤبدة فالاجارة باقية وتعود اليه بعد انقضاء المدة بغير تردد ، ولو ملك المستأجر العين بجهة فهو كالمالك يشره صرح به الشيخ مجد الدين في مسودته على الهداية فأما ان وهب العين المستعمرة من المستعير فانه تبطل العارية وذکره [القاضي وابن عقيل] لأنه عقد غير لازم (ومنها) لو استأجر داراً من أبيه ثم مات الأب وورثها فهل تنفسخ الاجارة فيه وجهان أيضا وخرجها صاحب التلخيص من المسألة التي قبلها والمذهب عند القاضي في الخلاف أنه لا ينفسخ كشراء المستأجر ، وقال في المجردينفسخ وتوجه بأن الملك بالارث قهرى يقتضى تملك مالا يملك مثله بالمقود فجاز أن يملك به المنافع المستأجرة من مستأجرها فتفسخ الاجارة ، وأيضا فقد بنى هذا على المنافع المستأجرة هل تحدث على ملك المؤجر ثم تنتقل الى ملك المستأجر فان قلنا بذلك فلا معنى لحدوثها على ملكه وانتقالها اليه . هذا اذا كان ثم وارث سواء لأن فائدة بقاء الاجارة استحقاق بقية الاجرة ، فإذا لم يكن وارث سواء فلا معنى لاستحقاقه العوض على نفسه إلا أن يكون على أبيه دين لغيره وقد مات مفلساً بعد أن أسلفه الاجرة (ومنها) لو اشترى طملاً لم يؤثر في روس نخله بشرط قطعه ثم اشترى أصله في الحال ، فهل يخرج انفساخ البيع في الطلع على ما مر من الوجيهين لأنه بمنزلة المنفعة تتبعه في البيع أم لا لأنه عين^(٢) مستقلة ، فيه تردد والمجوزم به في الكافي . أنه لا ينفسخ بغير خلاف .

﴿ القاعدة السادسة والثلاثون ﴾

من استأجر عيناً ممن له ولاية الإيجار ثم زالت ولايته قبل انقضاء المدة فهل تنفسخ الاجارة هذا قسيمان ؛

(أحدهما) أن تكون إيجارته بولاية محضة فان كان وكيلاً محضاً فالكلام في موكله دونه
(١) الذي في نسختنا فالجواب ان المالك ما يملكه (٢) نسختنا : غيره .

وإن كان مستقلاً بالتصرف فإن انتقلت الولاية إلى غيره لم تنفسخ الاجارة لأن الولي الثاني يقوم مقام الأول كما يقوم المالك الثاني مقام الأول وإن زالت الولاية عن المولى عليه بالكلية كصبي يبلغ بعد ايجاره أو ايجار عقاره والمدة باقية ففى الانفساخ وجهان أشهرهما عدمه وهو قول القاضى وأصحابه لأنه تصرف له تصرفاً لازماً فلا ينفسخ ببلوغه كالزوج أو باع عقاره (والثاني) ينفسخ ذكره فى المغنى وجهاً لأنه أجره مدة لا ولاية له عليه فيها بالكلية فأشبه اجارة البطن الأول للوقف إذا انقرض قبل انقضاء المدة وفارق البيع لأنه ينبرم فى الحال وتنقطع علقته (١) نعم لو كان بلوغه فى مدة الخيار فقيه نظر وكذا النكاح ينبرم من حينه ، ويستقر المهر فيه بالدخول بخلاف الاجارة لأن الاجرة تنقسط فيها على المدة ولا يستقر المالك فيها إلا باستيفاء المنافع شيئاً بعد شيء وذكر فى المغنى وجهاً آخر أنه أن أجره مدة يعلم بلوغه فيها قطعاً لم يصح فى الزيادة (٢) ويخرج الباقي على تفريق الصفة ونحوه ذكره صاحب التلخيص .

(والقسم الثاني) أن تكون اجارته بملك ثم تنتقل الى غيره وهو أنواع :

(أحدها) أن تنتقل عنه إلى من يملك بالقهر ما يستولى عليه ، فتفسخ الاجارة للملك المنافع الباقية منها ودخل تحت هذا إذا أجر مسلم شيئاً ثم استولى عليه الكفار ، وإذا أجر الحربى شيئاً للحربى ثم استولى عليه المسلمون ، أما إن أجر الحربى شيئاً لمسلم أو ذمى ثم استولى عليه المسلمون فلا اجارة باقية لأن المنافع ملك لمصوم فلا تملك (وثانيها) أن ينتقل الملك إلى من خلفه فى ماله ويقوم مقامه ويتلقى الملك عنه فلا اعتراض له على عقود بل هو منفذ لها وذلك كالوارث والمشتري والمنهب والموصى له بالعين والزوجة إذا أخذت العين صداقاً أو أخذه الزوج منها عوضاً عن خلع أو صلحاً أو غير ذلك (وثالثها) أن يكون مزاحماً للأول فى الاستحقاق ومتلقياً للملك ممن تلقاه الأول لكن لاحق له فى العين إلا بعد انتهائ استحقاقه كالבطن الثاني من أهل الوقف إذا أجر البطن الأول ثم انقرضت الاجارة قائمة وفيه وجهان (أحدهما) وهو ما قال القاضى فى المجرّد أنه قياس المذهب إنه لا تنفسخ لأن الثاني لاحق له فى العين إلا بعده فهو كالوارث (والثاني) وهو المذهب الصحيح وبه جزم القاضى فى خلافه ، وقال إنه ظاهر كلام أحمد وابنه أبى الحسين وحكياء عن أبى اسحاق بن شاقلا واختاره ابن عقيل وغيره أنه ينفسخ لأن الطبقة الثانية تستحق العين بجميع منافعتها تلقياً عن الواقف بانقراض الطبقة الأولى فلا حق للأولى فيه بعد انقراضهم بخلاف الورثة فانهم لا يتلقون عن مورثهم (٣) إلا ما خلفه فى ملكه من الأموال ولم يخلف هذه المنافع وحق (١) فى نسختنا : علته (٢) فى الزائد : د (٣) نسختنا : مورثهم

المالك لم ينقطع عن ميراثه بالكلية بل آثاره باقية ولذلك تقضى ديونه وتنفذ وصاياه من الشركة وهي ملكه على قوله الى أن تقضى ديونه فكيف يعرض عليه في تصرفاته بنفسه ، وأيضا فهو كان يملك التصرف في ماله على التأييد بوقف عقاره والوصية به وبما تحمل شجرته أبدا والموقوف عليه بخلافه في ذلك كله وخرج صاحب المغني وجها آخر ببطلان العقد من أصله بناء على تفريق الصفقة كما سبق لكن الاجرة ان كانت مقسطة على أشهر مدة الاجارة أو أعوامها فهي صفقات متعددة على أصح الوجهين فلا تبطل جميعا بطلان بعضها وان لم تكن مقسطة فهي صفقة واحدة فيطرد فيها الخلاف المذكور .

واعلم أن ثبوت الوجه الاول نظر ، لان القاضي انما فرضه فيما اذا أجر الموقوف عليه لكون النظر له مشروطا ، وهذا محل تردد أعني اذا أجر بمقتضى النظر المشروط لم يلحق بالنظر العام فلا يفسخ بونه الاجارات أم لا ، فان من أصحابنا المتأخرين من ألحقه بالنظر العام في ذلك وهكذا حكم المقطع اذا أجر أقطاعه ثم انتقلت عنه الى غيره بأقطاع أحد (ورابها) أن يكون مزاحماً للاول في استحقاق التلقي عن تلقى عنه الاول يسبق حقه وتقديمه عليه وهو المشتري للشقص المشفوع اذا أجر ، وقلنا بصحة تصرفاته بالاجارة او غيرها ثم انتزعه الشفيع وفيه ثلاثة أوجه (أحدها) وهو ما ذكره صاحب المقنع لا تنفسخ الاجارة ، لان ملك المؤجر ثابت ويستحق الشفيع الاجرة من يوم أخذه لانه يستحق انتزاع العين والمنفعة ، فاذا فات أحدهما رجع الى بدله وهو الاجرة هاهنا كما نقول في الوقف اذا انتقل الى البطن الثاني ولم تنفسخ اجارته انهم يستحقون الاجرة من يوم الانتقال ، وكذلك نص احمد في رواية جعفر بن محمد على مثل ذلك في بيع العين المؤجرة وان المشتري يستحق الاجرة من حين البيع ، وهو مشكل لان المنافع في مدة الاجارة غير مملوكة للبائع فلا يدخل في عقد البيع ويحجب عنه بأن البائع يملك عوضها وهو الاجرة ولم يستقر بمدلولوا تنفسخ العقد لاجتماع المنافع اليه فاذا باع العين ولم يستثن شيئا لم تكن تلك المنافع ولا عوضها مستحقا له لشمول البيع للعين ومنافعها فيقوم المشتري مقام البائع فيما كان يستحقه منها وهو استحقاقه عوض المنافع مع بقاء الاجارة وفي رجوعها اليه مع الانفساخ وهذا هو أحد الوجهين للاصحاب ، وهو مثال نص احمد المذكور أولا ، وما ذكرناه [قبل ذلك من رجوع المنافع الى البائع عند الانفساخ هو الذي ذكره صاحب المغني (الثاني) أنه تنفسخ الاجارة بأخذه وهو المجزوم به في الحرر المقلنا من ثبوت حقه في العين والمنفعة فيملك انتزاع كل منهما عن هوى يده وفارق اجارة الوقف على وجه لان البطن الثاني لاحق لهم قبل انقراض الاول وهما

حق الشفيع ثابت قبل ايجار المشتري فينفسخ بأخذه لسبق حقه ولهذا قلنا على رواية أن تصرف المشتري في مدة الخيار مراعى فانفسخ البائع بطل ، وايضا فلو لم تنفسخ الاجارة لوجب ضمان المنافع على المشتري بأجرة المثل لا بالمسمى لأنه ضمان حيولة كما قلنا في أحد الوجهين اذا أعقب عبده المستأجر لزمه ضمان قيمة منافعه فيما بقي من المدة ، والثالث أن الشفيع بالخيار بين أن يفسخ الاجارة أو يتركها وهو ظاهر كلام القاضى في خلافه في مسألة اعارة العارة وهو أظهر فان الاجارة بيع المنافع ، ولو باع المشتري العين أو بعضها كان الشفيع مخيراً بين الاخذ ممن هو في يده وبين الفسخ ليأخذ من المشتري . وخامسها (١) ان يفسخ ملك المؤجر ويعود الى من انتقل الملك اليه منه فالمعروف من المذهب أن الاجارة لاتفسخ بذلك لان فسخ العقد رفع له من حينه لامن أصله وصرح ابو بكر في التنبيه بانفساخ التكاح لو أنكحها المشتري ثم ردها بعيب بناء على أن الفسخ رفع للعقد من أصله : وقال القاضى وابن عقيل في خلافهما الفسخ بالعيب رفع للعقد من حينه والفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله لان الخيار يمنع لزوم بالكلية ولهذا يمنع معه من التصرف في المبيع وعنه بخلاف العيب .

(القاعدة السابعة والثلاثون)

في توارد العقود المختلفة بعضها على بعض ، وتداخل احكامها ويندرج تحتها صور :
 (مها) اذا رهنه شيئاً ثم اذن له في الانتفاع به ، فهل يصير عارية حالة الانتفاع أم لا قال القاضى في خلافه وابن عقيل في نظرياته وصاحب المغنى والتلخيص يصير مضمونا بالانتفاع لان ذلك حقيقة العارية واوردا بن عقيل في نظرياته في وقت ضمانه احتمالين (أحدهما) أنه لا يصير مضمونا بدون الانتفاع (والثاني) يصير مضمونا بمجرد القبض اذا قبضه على هذا الشرط ، لأنه صار ممسكاً للعين لمنفعة نفسه منفرداً به [وهل يزول لزمه أم لا يبنى على أن اعارة الرهن باذن المرتهن هل يزول لزوم الرهن ام لا وفيه طريقان (أحدهما) أنه على روايتين وهى طريقة المحرر (والثانية) ان اعارة المرتهن لم يزل لزوم بخلاف غيره وهى طريقة المغنى وقال صاحب المحرر في شرح الهداية ظاهر كلام احمد أنه لا يصير مضمونا بحال [و] يشهد له قول ابي بكر في خلافه شرط منفعة الرهن باطل وهو رهن بحاله (ومنها) اذا اودعه شيئاً ثم اذن له في الانتفاع به فقال القاضى في خلافه وابن عقيل في نظرياته وصاحب التلخيص يصير مضمونا حالة الانتفاع لمصيره عارية حيثئذ ، قال ابن عقيل (١) كذا في الاصول جميعها لم تذكر الرابعة .

ولا يضمن بالقبض قبل الانتفاع هاهنا لأنه لم يمسكه لمنفعة نفسه منفردا بل لمنفعته ومنفعة مالكه بخلاف الرهن ومن المتأخرين من قال ظاهر كلام أحمد أنه لا يصير مضمونا أيضا كالرهن وفرق صاحب المحرر بينهما ولا اختلاف [ههنا] بين العقدين في الجواز إلا أن يكون مدة الانتفاع مؤقتة فيخرج فيها وجه بالزوم من رواية لزوم العارية المؤقتة (ومنها) إذا أعاره شيئا ليرهنه صح نص عليه ونقل ابن المنذر الاتفاق عليه ويكون مضمونا على الراهن لأنه مستعير وأمانة عند المرتهن عليه وأما الزوم وعدمه فقال الأصحاب هو لازم بالنسبة إلى الراهن والمالك لكن للمالك المطالبة بالافتكاك فإذا انقضى زال الزوم فيرجع فيه المالك واستشكل ذلك الحارثي وقال أما أن يكون لازما فلا يملك المالك المطالبة قبل الاجل وتكون العارية هنا لازمة لتعلق حق الغير وحصول الضرر بالرجوع كما في العارية كبناء حائط ووضع خشب وشبهها انتهى وصرح أبو الخطاب في اتصاره بعدم لزومه فإن للمالك انتزاعه (١) من يد المرتهن فيبطل الرهن (ومنها) لو أعاره شيئا ثم رهنه عنده فقال أبو البركات في الشرح قياس المذهب صحته ويسقط ضمان العارية لأنها ليست لازمة وعقد هذه الأمانة لازم ثم أخذه من كلام الإمام أحمد في [و] اد عقد الاعارة على الرهن كاسبق ويتخرج في هذه المسألة ما في تلك (ومنها) ورود عقد الرهن على النصب فيصح عندنا ذكره أبو بكر والقاضي ويرأى به الناصب وكذا لو أودعه عنده أو أعاره إياه أو استأجره لحياطته أو نحوها ذكره أبو الخطاب وغيره وذكر القاضي في خلافه فيما إذا استأجره [لحياطته ونحوها] هل يبرأ به على وجهين، وذكر هو في المحرر وابن عقيل في الفصول في المضاربة إذا جعل المالك المنصوب مع الناصب مضاربة صح ولم يبرأ من ضمانه إلى أن يدفعه ثمنا فيها يشتري به فبرأ حيثئذ من الضمان وعلى قول أبي الخطاب يبرأ في الحال (ومنها) رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه على ثمنه أو غيره إذا قبل بصحته يزول به الضمان على قياس التي قبلها لأن يده صارت يده ارتبان (ومنها) لو قال الراهن للمرتهن إن جئت بك بجثتك إلى وقت كذا والا فالرهن لك بالدين وقبل ذلك فهو أمانة عنده إلى ذلك الوقت، ثم يصير مضمونا، لأن قبضه صار بعقد فاسد ذكره القاضي وابن عقيل والمنصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحسن بن هرون أنه لا يضمنه بحال ذكره القاضي في الخلاف لأن الشرط يفسد فيصير وجوده كعدمه (ومنها) لو كاتب المدير أو دبر المكاتب صح نص عليه، ثم إن مات السيد ولم يؤد العبد من الكتابة شيئا عتق بالتدبير من الثلث وهل يكون كسبه له كالمو عتق في حياة السيد وهو مكاتب أو لورثته كتمته بالتدبير على وجهين، وهكذا حكم (١) في نسختنا انتزاعه.

الاستيلاد والكتابة ، ونقل ا. الحكم عن أحد ما يدل على بطلان التدبير بالكتابة بناء على ان التدبير وصية فيعطل بالكتابة

{ القاعدة الثامنة والثلاثون }

فما اذا وصل بالفاظ العقود ما يخرجها عن موضوعها فهل يفسد العقد بذلك او يجعل كناية عما يمكن محته على ذلك الوجه ، فيه خلاف يلتفت الى أن المذهب هل هو اللفظ او المعنى ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو اعاره شيئا وشرط عليه العوض فهل يصح ام لا على وجهين (احدهما) يصح ويكون كناية عن القرض فيملكه بالقبض اذا كان ميلا او موزونا ذكره ابو الخطاب في اتصاره ، وكذلك ذكر القاضي في خلافه . و ابو الخطاب في موضع من رموس المسائل انه يصح عندنا شرط العوض في العارية كما يصح شرط العوض في الهبة لأن العارية هبة منفعة ولا تفسد بذلك مع أن القاضي قرر أن الهبة المشروط فيها العوض ليست بيعا وانما الهبة تارة تكون تبرعا وتارة تكون بعوض ، وكذلك العتق ولا يخرجان من موضوعها كذلك العارية وهذا مأخذ آخر للصحة (والثاني) انها تفسد بذلك وجعله ابو الخطاب في موضع آخر المذهب لأن العوض يخرجها عن موضوعها وفي التلخيص اذا اعاره عبده على أن يعمره الاخر فرسه فهي اجارة فاسدة غير مضمونة فهذا (١) رجوع الى انها كناية في عقد آخر والفساد اما ان يكون لاشتراط عقد في عقد آخر وأما لعدم تقدير المنفعتين وعليه خرج الحارثي وقال وكذلك لو قال اعرتك عبدي لتمونه او دائتي لتعلقها وهذا يرجع الى ان مؤنة العارية على المالك وقد صرح الحلواني في البصرة بأنها على المستعير (ومنها) لو قال خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك أو لي فقال القاضي وابن عقيل هي مضاربة فاسدة يستحق فيها اجرة المثل ، وكذلك قال صاحب المغني لكنه قال لا يستحق شيئا في الصورة الثانية لانه دخل على ابن لا شيء له ورضي به ، وقال ابن عقيل في موضع آخر من المساقاة ، وقال في المغني في موضع آخر انه ايضا صحيح فراعى الحكم دون اللفظ وعلى هذا فيكون في الصورة الأولى قرضا (ومنها) لو استأجر المكيل او الموزون او النقود او الفلوس ولم يذكر ما يستأجرها له فقال القاضي في خلافه في الاجارات (٢) يصح ويكون قرضا وله (٣) وجه آخر أنه لا يصح (ومنها) لو اجره الارض بثلاث ما يخرج منها من زرع نص احمد على محته واختلف الاصحاب في معناه فقال القاضي هي اجارة على حد المزارعة

(١) وهذا : د (٢) نسختنا : العبادات (٣) ولنا : د

تصح بلفظ الاجارة وحكمها حكمها، وقال ابو الخطاب وابن عقيل وصاحب المغني هي مزارعة بلفظ الاجارة تصحح على قولنا يجوز ان يكون البذر من العامل والإفلا (ومنها) لو اسلم في شيء. حالا فهل يصح ويكون يما ولا يصح فيه وجهان (احدهما) وهو ظاهر كلام احمد في رواية المروذي لا يصح البيع بلفظ السلم (والثاني) يصح قاله القاضي في موضع من خلافه (ومنها) اذا قال انت على حرام اعني به الطلاق وقلنا الحرام صريح في الظاهر فهل يلفو تفسيره ويكون ظهارا أو يصح ويكون طلاقا على روايتين (ومنها) لو قال له في دين السلم صالحني منه على مثل الثمن قال القاضي يصح ويكون اقالة وقال هو وابن عقيل لا يجوز بيع الدين من الغريم بمثله لانه نفس حقه فيخرج في المسألة وجهان التفاتا الى اللفظ والمغني .

(القاعدة التاسعة والثلاثون)

في انعقاد العقود بالكنايات واختلاف الاصحاب في ذلك . فقال القاضي : في مواضع لا كناية الا في الطلاق والعناق وسائر العقود لا كناية فيها ، وذكر ابو الخطاب في الاتصاف نحوه وزاد ولا تحمل العقود بالكنايات غير النكاح والرق ، وقال في موضع آخر منه تدخل الكنايات في سائر العقود سوى النكاح لا شترط الشهادة عليه وهي لا تقع على النية وأشار اليه صاحب المغني ايضا وكلام كثير من الاصحاب يدل عليه ، وهل المعاطاة التي يتعقد بها البيع والهبة ونحوهما الا كنايات وكذلك كنايات الوقف تمنعده في الباطن صرح به الحلواني ، وقد تقدم في القاعدة التي قبلها كثير من فروع هذه القاعدة (ومنها) لو أجره عينا بلفظ البيع قضى الصحة وجهان وقال صاحب التلخيص ان أضاف البيع الى العين لم يصح والوجهان في اضافتها الى المنفعة (ومنها) الرجعة بالكنايات ان اشترطنا الاشهاد عليها لم يصح والا فوجهان وأطلق صاحب الترغيب وغيره الوجهين (١) والاولى ما ذكرنا فأما قوله لانه اعتقتك وجعلت عتقك صدائق فجعله ابن حامد كناية ولم يعقده النكاح حتى يقول وتزوجتك وقال القاضي هو صريح بقرينة ذكر الصداق فان الصريح قد يكون مجازا اذا اشهر وتبادر فحمله ولو مع القرينة وفسره القاضي بأنه الظاهر ولا يشترط ان يكون نصا وكلام احمد صريح في ان هذا اللفظ كناية فانه قال في رواية صالح اذا قال اجعل عتقك صدائق او قال صدائق عتقك كل ذلك جائز اذا كانت له نية فنيته تصرح باعتبار النية وتأوله القاضي بتأويل بعيد جدا وكذلك نص احمد على ما اذا قال الخاطب للولي ازوجت وليتك قال نعم و[قال] المتزوج اقبلت

(١) فيهما : وأطلق الوجهين صاحب الترغيب .

قال نعم ان النكاح ينمقده ، وذكره الحرق ونعم ههنا كناية لان التقدير نعم زوجت ونعم قبلت ، واكثر ما يقال انها صريحة في الاعلام بمصوول الانشاء فالانشاء انما استفيد منها وليس فيها من ألفاظ صريح الانشاء شيء فيكون كناية عن لفظ النكاح وقوله .

(القاعدة الأربعون)

الاحكام المتعلقة بالاعيان بالنسبة الى تبدل الاملاك واختلافها عليها نوعان :
 (أحدهما) ما يتعلق الحكم فيه بملك واحد فاذا زال ذلك الملك سقط الحكم وصور ذلك كثيرة :
 (منها) الاجارة فمن استأجر شيئاً مدة فزال ملك صاحبه عنه بملك قهرى يشمل العين والمنفعة ثم عاد الى ملك المؤجر والمدة باقية لم تعد الاجارة هذا هو الظاهر لان ملك المستأجر زال عن المنافع وثبت له الرجوع على المالك بقسطه من الاجارة فاذا استوفاه منه لم يبق له حق فتمود العين بمنافعها ملكاً للمؤجر اما ان لم يستوف شيئاً فقد سبق نفاؤها في قاعدة من تعذر عليه الاصل واستقر حقه في البديل ثم وجد الاصل فيحتمل وجهين والاظهر هنا عدم استحقاق المنافع لان حقه سقط منها وانتقل الى بدلها (ومنها) الاعارة فلو أعاره شيئاً ثم زال ملكه عنه ثم عاد لم تعد الاعارة (ومنها) الوصية بطل بازالة الملك ولا تعود بعوده
 (النوع الثانى) ما يتعلق الحكم فيه بنفس العين من حيث هى تعلقاً لازماً لا يختص تعلقه بملك دون ملك وله (١) صور .

(منها) الرهن فاذا رهن عيناً رهناً لازماً ثم زال ملكه عنها بغير اختياره ثم عاد فالرهن باق بحاله لانه وثيقة لازمة للعين فلا تنفك بتبدل الاملاك كأرث الجناية غير ان الارش لازم لرقبة الجاني بدون القبض والرهن لا يلزم أولاً يصح بدون القبض ، وذكر الاصحاب صوراً يعود فيها الرهن بعود المالك :

(منها) لو سب الكفار العبد المرهون ثم استغف منهم عاد رهناً بحاله نص عليه الامام احمد (ومنها) لو تخمر العصير المرتين ثم تغلل فانه يعود رهناً كما كان [و] كذلك يعود الرهن بعد زواله وان كان ملك الراهن باقياً عليه في مواضع .

(منها) لو صالحه من دين الرهن على ما يشترط قبضه في المجلس صح لصلح وورث ذمته من الدين وزال الرهن فان تفرقا قبل القبض بطل الصلح وعاد الدين والرهن بحاله (ومنها) ما قاله

أبو بكر إنه ان عاد الرهن الى الراهن بطل الرهن فان عاد اليه عاد رهنا كما كان وفي كلام احمد نحوه وتأوله القاضى وابن عقيل على أنه بطل لزومه لأنه لو بطل بالسكية لم يمد بدون عقد وهذا باطل بمسألة الصلح وقد وافق عليها والظاهر أن الرهن لا يبطل بعد لزومه بدون رضى المرتهن . (ومن صور هذا النوع) المكاتب فان المكاتب عقد لازم ثابت فى الرقية فلا يسقط بانتقال الملك فيه (ومنها) الاضحية المعينة فان الحق ثابت فى رقبته لا يزول بدون اختيار المالك فاذا تعينت خرجت عن كونها اضحية فاذا زال العيب عادت اضحية كما كانت ذكره ابن عقيل فى عمده (ومنها) التدبير على احدى الروايتين (ومنها) رجوع الزوج فى نصف الصداق بعد الفرقة فانه يستحقه سواء كان قد زال ملك الزوجة عنه ثم عاد أو لم يزل لان حقه متعلق بعينه (ومنها) عروض التجارة اذا خرجت عن ملكه بغير اختياره ثم عادت فانه لا ينقطع الحول بذلك كما اذا تخمر العصور ثم تدخل ذكره ابن عقيل وغيره (ومنها) صفة الطلاق تعود بمود النكاح وسواء وجدت فى زمن البينة أو لم توجد على المذهب الصحيح (ومنها) صفة العتق تعود بمود ملك الرقيق فى أشهر الروايتين وفى الأخرى لا تعود اذا وجدت الصفة بمذ زوال الملك ورفق القاضى بين الطلاق والعتاق بأن ملك الرقيق لا يبقى فيه أحد المالكين على الآخر بخلاف النكاح فانه يبقى فيه أحد المالكين على الآخر فى عدد الطلاق على الصحيح وهذا التفريق لأثر له اذ لو كان معتبراً لم يشترط لعدم الحنث وجود الصفة فى غير الملك (ومنها) الرد بالعيب لا يتمتع بزوال الملك اذا لم يدل على الرضى ، وهاهنا صور مختلف فى الحاجتها باحد النوعين وهى محتملة .

(فنها) رجوع الأب فيها وهبه لولده اذا أخرجه الابن عن ملكه ثم عاد اليه فهل يسقط حقه من الرجوع أم لا (ومنها) رجوع غريم المفلس فى السلفة التى وجدها بعينها وكان الممسك قد أخرجه عن ملكه ثم عادت اليه وفى المسائلين ثلاثة أوجه احدها لاحق لها فيها لان حقهما متعلق بالمقد الاول المتلقى عنهما (والثانى) غير متلقى عنها فلا يستحقان فيه رجوعا (والثانى) لها الرجوع نظر الى ان حقهما ثابت فى العين وهى موجودة فأشبه الرد بالعيب (والثالث) ان عاد بملك جديد يسقط حقهما وان عاد بفسخ العقد فلها الرجوع لان الملك العائد بالفسخ تابع للملك الاول فان الفسخ رفع للعقد الحادث فيعود الملك كما كان (ومنها) الفراش فاذا وطئ أمة ثم باعها ووطئ اختها بالملك ثم عادت الاولى الى ملكه فهل يعود الفراش ام لا على وجهين ، اشهرهما انه يعود وهو المنصوص فيجب عليه اجتنابها حتى يحرم احديهما ، والثانى له استدامة استفراش الثانية ويحتبب الرجعة لزوال الفراش فيها بزوال الملك وهو اختيار صاحب المحرر .

(القاعدة الحادية والأربعون)

إذا تعاق بعين حق تعلقا لازما فأتلفها من يلزمه الضمان فهل يعود الحق إلى البديل المأخوذ من ضير
 عقد آخر فيه خلاف ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو أتلف الرهن متلف وأخذت قيمته فظاهر كلامهم أنها تكون رهننا بمجرد الأخذ وفرع
 القاضى على ذلك أن الوكيل في بيع المتلف يملك بيع البديل المأخوذ بغير إذن جديد وخالفه صاحب
 الكافي والتلخيص ، وظاهر كلامه أن الخطاب في الانتصار في مسألة ابدال الاضحية أنه لا يصير رهننا
 الا بجعل الراهن (ومنها) الوقف اذا أتلفه متلف وأخذت قيمته فاشتري به بديله فهل يصير وقفا
 بدون انشاء الوقف عليه من الناظر حكى بعض الاصحاب في ذلك وجهين (ومنها) اذا أتلف الاضحية
 متلف وأخذت منه القيمة أو باعها من أوجبها ثم اشترى بالقيمة أو الثمن مثلهما فهل تصير متعينة بمجرد
 الشراء يتخرج على وجهين (ومنها) الموصى له بعين اذا أتلفها متلف بعد الموت (١) وقبل القبول
 لحقه باق في بدلهما .

(القاعدة الثانية والأربعون)

في أداء الواجبات المالية وهي منقسمة إلى دين وعين فأما الدين فلا يجب أدائه بدون مطالبة
 المستحق اذا كان آدميا حتى ذكر ابن عقيل في جواز السفر قبل المطالبة وجهين ، وهذا مالم يكن قد عين
 له وقتا للوفاء فأما ان عين وقتا كيوم كذا فلا ينبغي ان يجوز تأخيرها عنه لأنه لا فائدة للتوقيت إلا
 وجوب الاداء فيه بدون مطالبة ، فان تعين الوفا فيه أولا كالمطالبة به وأما ان كان الدين لله عز وجل
 فالمنهزم أنه يجب أدائه على الفور لتوجه الامر بأدائه من الله عز وجل ، ودخل في ذلك الزكاة
 والكفارات والنذور وقد نص أحمد على اجبار المظاهر على الكفارة في رواية ابن هانئ وأما
 العين فانواع :

(منها) الامانات التي حصلت في يد المؤمن برضى صاحبها فلا يجب أدائها الا بعد المطالبة منه
 ودخل في ذلك الوديعة وكذلك أموال الشركة والمضاربة والوكالة مع بقاء عقودها (ومنها)
 الامانات الحاصلة في يده بدون رضى أصحابها فيجب المبادرة إلى ردّها مع العلم بمسئقتها وانمكن
 منه ولا يجوز التأخير (٢) مع القدرة ودخل في ذلك القطة اذا علم صاحبها الوديعة والمضاربة والرهن

(١) نسختنا الدار : اذا أتلفها متلف بعد الموت (٢) نسختنا : التأخر

ونحوها اذامات المؤمن وانتقلت الى وارثه فانه لا يجوز له الامساك بدون اذن لان المالك لم يرض به وكذا من اطارت الريح ثوبا الى داره لغيره لا يجوز له الامساك مع العلم بصاحبه ثم ان كثيرا من الاصحاب قالوا ههنا الواجب الرد وصرح كثير منهم بان الواجب أحد شيئين اما الرد والاعلام كما في المغني والمحرر والمستوعب ونحوه ذكره ابن عقيل وهو مراد غيرهم لأن مؤنة الرد لا تجب عليه وإنما الواجب التمكن من الاخذ ثم ان الثوب هل يحصل في يده بسقوطه في داره من غير امساك له أم لا ، قال القاضي لا يحصل في يده بذلك وخالف ابن عقيل والخلاف هنا منزل على الخلاف فيما حصل في أرضه من المباحات هل يملكها بذلك أم لا ، وكذلك حكم الامانات إذا فسدها المالك كالوديعة والوكالة والشركة والمضاربة يجب الرد على الفور لزوال الائتمان صرح به القاضي في خلاه ، وسواء كان الفسخ في حضرة الأمين أو غيبته وظاهر كلامه أنه يجب فعل الرد فان العلم هنا حاصل للمالك وكذلك جعل ضمان الزكاة مبنياً على حصولها في يده بغير رضی المستحق وأوجب عليه البداية بالدفع وقاسها على اللفظة ونحوها فدل على ان فعل الدفع في هذه الاعيان عنده واجب وعلى قياس ذلك الرهن بعد استيفاء الدين والعين الموجرة بعد انقضاء المدة ، وذكر طائفة من الاصحاب في العين المؤجرة انه لا يجب على المستأجر فعل الرد ومنهم من ذكر في الرهن كذلك وسيأتي في القاعدة التي تليها وأما الاعيان المملوكة بالمعقود قبل تقيضها فالأظهر أنها من هذا القبيل لأن المالك لم يرض بابقائها في يداخر فيجب التمكن من الاخذ ابتداءً بدليل أنه لا يجوز عندنا حبس المبيع على الثمن وذكر ابن عقيل في الصداق أما إذا تلف قبل المطالبة أو بعد ما قبل التمكن من الأداء انه لا يضمن كسائر الامانات وقاسه على من اطارت الريح إلى داره ثوباً ، وهذا الكلام فيه نظر فان الثوب لا يقف ضمانه على المطالبة لكن مراده والله أعلم أن العلم يكفي ففى كان المالك عالماً ولم يطلب فلا ضمان اذا لم يكن مؤنة الرد واجبة على من هو عنده وهذا أحسن (ومنها) الاعيان المضمونة فتجب المبادرة إلى الرد بكل حال وسواء كان حصولها في يده بفعل مباح أو محظور أو بغير فعله فالأول كالعوارى يجب ردها اذا استوفى منها الغرض المستعار له قاله الاصحاب وهذا اذا انتهى قدر الانتفاع المأذون فيه متوجه وسواء طالب المالك أو لم يطالب لأنها من قبيل المضمونات فهي شبيهة بالمقبوض وكذلك حكم المقبوض السوم ويستثنى من ذلك المبيع المضمون على بائنه فلا يجب عليه سوى تمييزه ويمكن المشتري من قبضه لأن نقله على المشتري دون البائع ، والثاني كالغصب والمقبوض بعقد فاسد ونحوهما ، والثالث كالزكاة اذا قلنا تجب في العين فتجب المبادرة الى الدفع الى المستحق مع القدرة عليه من غير ضرر لأنها من قبيل المضمونات عندنا وكذلك الصيد اذا احرم وهو في

يده أو حصل في يده بعد الاحرام بغير فعل منه .

(القاعدة الثالثة والأربعون)

فيا يضمن من الأعيان بالعقد أو باليد القابض لمال غيره ، لا يخلو اما يقضبه باذنه أو بغير اذنه فان قبضه بغير اذنه فان استند الى اذن شرعي كاللقطة لم يضمن وكذا ان استند الى اذن عرفي كالمفقد لمال غيره من التلف ونحوه وحكي في التلخيص وجهاً بضمان هذا وفيه بعد ونص احمد على أن من أخذ عبداً أبقاً ليرده فأبقى منه فلا ضمان عليه لكن قد يقال هنا اذن شرعي في أخذ الأبقى لرده وان خلا عن ذلك كله فهو متعد وعليه الضمان في الجملة هذا اذا كان أصل القبض غير مستند الى اذن أما ان وجد استدامة قبض من غير اذن في الاستدامة فهنا ثلاثة أقسام :

(أحدها) أن يكون عقد على ملكه عقداً لازماً ينقل الملك فيه ولم يقبضه المالك بعد فان كان ممتناً من تسليمه فهو غاصب الا حيث يجوز الامتناع من التسليم كتسليم العوض على وجه أو لكونه رهناً عنده أو لاستثنائه منفعته مدة وان لم يكن ممتناً من التسليم بل باذله فلا ضمان عليه على ظاهر المذهب الا أن يكون المعقود عليه مبهماً لم يتعين بعد كقفيز من صبرة فان عليه ضمانه في الجملة وبماذا يخرج من ضمانه قال الحرق والأصحاب لا يزول ضمانه بدون قبض المشتري وهل يحصل القبض بمجرد التخلية مع التمييز أو لا يحصل بدون النقل فيما ينقل على روايتين فان اعتبرنا النقل امتد (١) الضمان اليه وهل يسقط بتفريط المشتري في النقل على وجهين أشهرهما أنه يسقط به والثاني لا يسقط حتى يوجد النقل بكل حال ، وذكر القاضي في خلافه في مسألة الجوانح أنه ظاهر كلام احمد وفيه بعد ثم وجدته منصوصاً صريحاً عن احمد في الفرة المشتراة قبل صلاحها بشرط القطع اذا أخرها المشتري حتى تلفت بجائحة قبل صلاحها أنها من ضمان البائع معللاً بأنها في ملك البائع وفي حكمه (٢) نقله عنه الحسن بن ثواب وان اعتبرنا التخلية مع التمييز وهو الصحيح فلا أنه يحصل به التمكن من القبض ولهذا ينتقل الضمان في بيع الأعيان المتميزة بمجرد العقد على المذهب لحصول التمكن من القبض ، ولعل اشتراط النقل انما يخرج على الرواية الأخرى وهي ضمان جميع [الأعيان] قبل القبض فلا ينتقل الضمان [هنا] إلا بحقيقة القبض دون التمكن منه والاول أظهر لأن الذي يجب على البائع التمييز والتخلية وهو التسليم فاما النقل فواجب على المشتري

(١) في ٧١١ استند الضمان . وفي ٧١١ استند . (٢) فيهما : نقله . في ٧١١ . التمكن

لأن فيه تقريباً لملك البائع من ماله فيكون بتركه مفراطاً فيقتل الضمان اليه ويشهد له شراء الثمر في رموس النخل فان الضمان ينتقل فيه بمجرد انتهاء الثمر الى أوان أخذه وصلاحيته له سواء قطعه (١) المشتري أو لم يقطعه على الصحيح ولكن هل يعتبر لانتقال الضمان التمكن من القطع أم لا خرجا ابن عقيل على وجهين من الزكاة ورجح عدم اعتبار التمكن والذي عليه القاضي والأكثر من اعتبار التمكن من النقل في جميع الأعيان فلا يزال في ضمان البائع حتى يحصل بممكن المشتري من النقل وصرح ابن عقيل بخلاف ذلك وأنه يضمن الأعيان المتميزة بمجرد العقد سواء تمكن من القبض أو لم يتمكن كاقال في مسألة الجوائح وكذلك حكم المملوك بصلح أو خلع أو صداق .

(القسم الثاني) أن يمدد عليه عقداً وينقله الى يد الموقوف له ثم ينتهي العقد أو يفسخ وهو

نوعان :

(أحدهما) أن يكون عقد معاوضة كالبيع اذا انفسخ بعد قبضه بعيب أو خيار والعين المستأجرة اذا انتهت المدة أو العين التي أسدقها المرأة وأقبضها ثم طلقها قبل الدخول (والثاني) أن يكون غير معاوضة كمقد الرهن اذا وفى الدين وكفد الشركة والمضاربة والوديعة والوكالة اذا فسخ العقد والمال في أيديهم فأما عقود المعاوضات فيتوجه فيها للاصحاب وجوه (أحدها) أن حكم الضمان بعد زوال العقد حكم ضمان المالك الأول قبل التسليم فان كان مضموماً عليه كان بعد انتهاء العقد مضموماً له والا فلا وهي طريقة أبي الخطاب وصاحب الكافي في آخرين اعتباراً لأحد الضمانين بالآخر فعلى هذا ان كان عوضاً في بيع أو نكاح وكان متميزاً لم يضمن على الصحيح وان كان غير متميز ضمن وان كان في اجارة ضمن بكل حال (والوجه الثاني) ان كان انتهاء العقد بسبب يستقل به من هو في يده كفسخ المشتري أو يشارك فيه الآخر كالفسخ منهما فهو ضمان له لأنه بسبب الى جعل ملك غيره في يده وان استقل به الآخر كفسخ البائع وطلاق الزوج فلا ضمان لأنه حصل في يده هذا بغير سبب منه ولا عدوان فهو كما لو ألقى ثوبه في داره بغير أمره وهذا الوجه ظاهر ما ذكره صاحب المغنى في مسألة الصداق وعلى هذا يتوجه ضمان العين المؤجرة بعد انتهاء المدة لأنه تسبب الى رفع العقد مع المؤجر ، ووجه أن الاذن في القبض انما كان لازماً للرجوب الدفع للملك ولهذا يتملك المشتري والمستاجر أحده بدون اذنه فيعد زوال الملك لا يوجد اذن سابق ولا لاحق ولو قدر وجود الاذن في القبض فاما اذن في قبض ماملك عليه فلا يكون اذنًا في قبض مملكه هو (والوجه الثالث) حكم الضمان بعد الفسخ حكم ما قبله فان

كان مضموناً فهو مضمون والا فلا يكون البيع بعد فسخه مضموناً لانه كان مضموناً على المشتري بحكم [العقد ولا] يزول الضمان بالفسخ صرح بذلك القاضي في خلافه ومقتضى هذا ضمان الصداق على المرأة وهو ظاهر كلام صاحب المحرر وأنه لا ضمان في الاجارة لأن العين لم تكن مضمونة من قبل، وصرح بذلك القاضي وغيره بوجه بان المبيع والصداق انما أقبضه لانتقال ملكه عنه بخلاف العين المستأجرة فانه أقبضها مع عبه بانها ملكه فكان اذا في قبض ملكه بخلاف الأول حتى قال القاضي وابو الخطاب لو عجل أجرتها ثم انفسخت قبل انتهاء المدة فله حبسها حتى يستوفى الاجرة ولا يكون ضامناً

(والوجه الرابع) أنه لا ضمان في الجميع ويكون المبيع بعد فسخه أمانة محضة صرح بذلك أبو الخطاب في الانتصار لانه حصل تحت يده ملك غيره بغير عدوان فلم يضمنه كما لو أطارت الرمح اليه ثوباً وكذلك اختاره القاضي في المجرّد وابن عقيل في الصداق بعد الطلاق

(والوجه الخامس) التفريق بين أن ينتهى العقد أو يطلق الزوج ، وبين ان يفسخ العقد ففي الأول يكون أمانة محضة لأن حكم المالك ارتفع وعاد ملكاً للأول ، وفي الفسخ يكون مضموناً لأن الفسخ يرفع حكم العقد بالكلية فيصير مضموناً (١) بغير عقد أو على وجه السوم في صورة البيع ، ومن صرح بذلك الأزجى في النهاية وصاحب التلخيص وهو ظاهر كلام ابن عقيل في مسائل الرد باليب وصرح بأنه يضمن نقصه فيما قبل الفسخ وبعده بالقيمة لارتفاع العقد ويصير مقبوضاً على وجه السوم . ونقل الأثر من احمد فيمن دفع [الى] آخر ديناراً من شئ كان له عليه فخرج فيه نقص فقال للدافع خذ واعطني غيره فقال امسكه مدك حتى أبدله لك فضاغ الدينار فقال ما أعلم عليه شيئاً انما هو الساعة مؤمن ، فيحتمل أنه يكون مراده أن المفسوخ بيب بعد فسخه أمانة ، ويحتمل وهو أظهر ان يكون انما جعله أمانة لأمر المعطى باسمه كما ذهبوا منه (والنوع الثاني) عقود (٢) الشركات كالوكالة والوديعة والشركة والمضاربة والرهن إذا انتهت أو انفسخت والهبة اذا رجع فيها الأب ، أو قيل يجوز فسخها مطلقاً كما أفق به الشيخ تقي الدين فقيها وجهان : (أحدهما) أنها غير مضمونة صرح به القاضي وابن عقيل في الرهن وأنه لا يجب رده الى صاحبه استصحاباً للاذن السابق والائتمان كما صرحوا به في الاجارة وكذلك صرح به القاضي

(١) مقبوضاً (٢) نسخنا الدار . الامانات

وأبو الخطاب في خلافهما في بقية العقود المسماة وأنها تبقى أمانة كما لو أطارت الريح إلى داره وثوباً، هذا يحتمل أنه مع علم المالك بالحال لا يجب الدفع لأن الواجب التمكن (١) منه لاسمعه إليه كما تقدم . والفرق بين عقود الأمانات المحضة والمعاوضات أن المعاوضات تضمن بالعقد والقبض فإذا كان عقدها مضمناً كان فسخها كذلك وعقود الأمانات لا تضمن بالعقد فكذلك بالفسخ (والوجه الثاني) أنه يصير مضمناً إن لم يادر إلى الدفع إلى المالك كمن أطارت الريح إلى داره ثوباً وصرح به القاضي في موضع آخر من خلافه في الوديعة والوكالة وكلام القاضي وابن عقيل يشعر بالفرق بين الوديعة والرهن فانهما علائق الرهن أمانة بأنه أمانة (٢) ووثيقة فإذا زالت الوثيقة بقيت الأمانة كما لو كان عنده وديعة فأذن له في بيعها ثم نهى ، وهذا التعليل مقتضاه الفرق بين الوديعة وبين الشركة والمضاربة والوكالة لأن هذه العقود كلها مشتملة على ائتمان وتصرف فإذا زال التصرف بقي الائتمان بخلاف الوديعة فانه ليس فيها غير ائتمان مجرد فإذا زال صار ضماناً وحكم المنصوب إذا أبرأ المالك الغاصب من ضمانها كما ذكرنا .

(القسم الثالث) أن تحصل في يده بفرضه كمن مات موروثه وعنده وديعة أو شركة أو مضاربة فانتقلت إلى يده فلا يجوز له الإمساك بدون اعلام المالك كما سبق لأن المالك لم يأتمنه ، وقد نص أحمد في رواية ابن هانئ في الرهن انه لا يقر في يد الوصي حتى يقره الحاكم في يده فان تلفت تحت يده قبل التمكن من الاداء فلا ضمان لعدم التفريط ، وكما لو تلفت القطعة قبل ظهور المالك ، ويتخرج وجه آخر بالضمان كما خرج ابن عقيل في البيع ، وان تلفت بعده فالمشهور الضمان لتعديده بترك الرد مع امكانه وهو غير مؤتمن ، وحكي صاحب المقنع وجهاً آخر وأشار إليه صاحب التلخيص انه لا ضمان ويكون أمانة عنده كما لو انتقضت مدة الاجارة ثم تلفت العين عند المستأجر (٣) وبينها فرق فان المستأجر مستصحب للاذن في القبض بخلاف هذا وكذلك حكم من أطارت الريح إلى بيته ثوباً كما سبق ووقع في بعض كلام القاضي أنها أمانة عنده ولعل مراده مع علم المالك واسما كعن المطالبة فيكون تقريراً ، ولو دخل حيوان لغيره أو عبده إلى داره فعليه أن يخرجها ليذهب كما جاء لأن يده لم تثبت عليها بخلاف الثوب ذكره ابن عقيل

(١) التمكن : ك (٢) في ٧١١ : فانه وثيقة (٣) يد :

فصل

وأما ما قبض من مالكم بعقد لا يحصل به الملك فتلاثة أقسام

(أحدها) ما قبضه أخذه لمصلحة نفسه كالعارية فهو مضمون في ظاهر المذهب . قالوا لأن الأذن إنما تعلق بالاتفاق وقبض العين وقع من حيث اللزوم فهو كقبض المضطر مال غيره لأحياء نفسه لا يسقط عنه الضمان لأن أذن الشرع تعلق بأحياء نفسه وجاء الأذن في الاتلاف من باب اللزوم ولو وهبه شقصاً من عين ثم أقبضه العين كلها ففي المجرى والفصول يكون نصيب الشريك وديعة عنده واستدرك ذلك ابن عقيل في فتونه وقال بل هو عارية حيث قبضه ليتنفع به بلا عوض وهذا صحيح إن كان أذن له في الاتفاق به مجاناً ، أما إن طلب منه أجره فهي إجارة وإن لم يأذن له في الاتفاق بل في الحفظ فوديعة ولو قال أحد الشريكين للعبد المشترك أنت حبيس على آخرنا موتاً لم يمتق لموت الأول منها ويكون في يد الثاني (١) عارية فإذا مات عتق ذكره القاضى في المجرى .

(القسم الثاني) ما أخذه لمصلحة مالكم خاصة كالودع فهو أمين محض لكن إذا تلفت الوديعة من بين ماله ففي ضمانه خلاف فمن الأصحاب من يبنيه على أن قوله هل يقبل في ذلك أم لا ، ومنهم من يقول تلفها من بين ماله إماره على تفريطه فيها وقد فرق أحد بين العارية والوديعة بأن اليد في العارية آخذة وفي الوديعة معاطاة (٢) وهو يرجع الى تعيين جهة المصلحة فيهما وكذلك الوصى والوكيل يغير جعل حتى لو كان له دين وعليه [دين] فوكله في قبض ماله وأذن له أن يستوفي حقه منه فتلف المال قبل استيفائه فإنه لا يضمنه نص عليه أحمد في رواية مثنى الأنباري .

(القسم الثالث) ما قبضه لمنفعة تمود اليهما وهو نوعان :

أحدهما أخذه على وجه الملك فتبين فساد أو على وجه السوم فاما الأول فهو المقبوض بعقد فاسد وهو مضمون في المذهب لأنه قبضه على وجه الضمان ولا بد وتقول ابن شيش وحرب عن أحمد ما يدل على أنه غير مضمون كالمقبوض على وجه السوم وكذلك صرح بجرى الخلاف فيه ابن الزاغوني في فتاويه ونقل حنبل عن أحمد في الهبة للثواب إن أراد ردها على صاحبها وقد قصت بنير استعماله لم يضمن النقص وشبهه بالره وتأوله القاضى وتأويل بعيد جداً وقد رده (٣) أبو البركات في تعليقه على الهداية ثم اختاره هو

(١) نستخنا الدار : الباقي (٢) لعلها معطاة (٣) في ٧١١ : ذكره

تخرجه على أن الهبة للثواب يَنْبَغ فيها حكم الهبات ومن حكم الهبة أن لا يضم نقصها قال ولازم هذا أن نقول لا يضم قيمتها إذا تلفت بغير تعد قال وهذا عندي أحسن الوجوه قال ومع هذا ففيه نظر وهو كما قال لأنه لو كان كذلك لما فرق بين أن تنقص بفعله أو بغير فعله ولما صح تشبيهه بالرهن، ويحتمل عندي تخرجه على أحد وجهين أما أن يكون على أن الهبة بالثواب المجهول فاسدة فيكون [ذلك] موافقاً لما روي عنه في المقبوض بعقد فاسد أنه غير مضمون وأما على أنها صحيحة وهو الأظهر لقوله ثم أراد رده إلى مالكة فدل على أن له امساكه وذلك لا يكون [إلا] (١) مع الصحة فعلى هذا إنما لم يضمه النقص لأن الهبة للثواب لا تملك بدون دفع العوض وكذلك شبهها بالرهن وسنزيده ايضاحاً في المقبوض بالسوم إن شاء الله تعالى ، وأما المقبوض على وجه السوم فن الإصحاح من يحكى في ضمانه روايتين سواء أخذ بتقدير الثمن أو بدونه وهى طريقة القاضى، وابن عقيل وصحح الضمان لأنه مقبوض على وجه البذل والعوض فهو كالمقبوض بعقد فاسد ثم إن كان لم يقدر الثمن ضمنه بقيمة وإلا فهل يضمه بالقيمة أو بالثمن [المقدر] على وجهين ذكرهما ابن عقيل وقال ابن أبي موسى إن أخذه مع تقدير الثمن ليريه أهله فإن رضوه ابتاعه فهو مضمون بغير خلاف ، وكذلك إن ساوم صاحبه به ولم يقطع ثمنه وأخذه ليريه أهله وإن أخذه باذن مالكة من غير سوم ولا قطع ثمن ليريه أهله فإن رضوه وزن ثمنه ففيه روايتان أيضاً أظهرهما أنه غير مضمون عليه وجعل السامى الضمان فيما قطع ثمنه مبني على أنه بيع بالمعاطة بشرط الخيار وهذا يدل على أنه يجرى فيه الخلاف إذا قلنا لم يتعد البيع بذلك وفى كلام أحد إمام إلى ذلك لأنه علل الضمان فى رواية ابن منصور بأنه مالكة وعلل فى رواية غيره انتفاء الضمان فيما إذا لم يقطع ثمنه بأنه ملك للبائع بعد حتى يقطع ثمنه فضم منه أنه مع القطع ينتقل الملك فيه إلى المشتري ويؤخذ من ذلك أن المقبوض بعقد فاسد لا يضم أيضاً لباعه الملك فيه للملكة ، وكذلك فرق بين أن يكون المأخوذ سالتين ليختار بينهما (٢) شافلاً يضمها وبين أن يكون سلعة واحدة وهذا يحتمل ثلاثة أمور (أحدها) ما قال السامى أنه بيع بشرط الخيار ويكون المعلق على الرضا فسخه لاعتقده (والثاني) أن يكون يماً معلقاً على شرط فقد فعله أحد بنفسه لما رهن نعله بالثمن ويعد هذا أنه لم يفرق بين أن يتلف قبل الرضى به أو بعده (والثالث) أن يكون يماً بمعاطة تراخى القبول فيه عن المجلس وقد نصر على صحة مثل ذلك فى النكاح فى رواية أبي طالب ، ومن هذا النوع ما إذا قبض المشتري زيادة على حقه غلطاً فانها تكون مضمونة عليه لأنه قبضها على وجه العوض ذكره القاضى وابن عقيل والإصحاح ويحتمل أن لا يضم على

(١) الزيادة من ٧١١ (٢) نستختا الدار : أيهما

معنى تحليل أحد في المقبوض بالسوم أنه على ملك البائع ومن ذلك لو دفع إليه كيساً وقال له استوف منه قدر حقلك ففعل فهل يصح على وجهين بناء على قبض الوكيل لنفسه من نفسه والمنصوص الصحة نص عليه في رواية الأثرم ويكون الباقي في يده وديمة وعلى عدم الصحة قدر حقه كالمقبوض بالسوم والباقي أمانة ذكره في التلخيص ولو دفع إلى غريم له نقداً من غير جنس ما عليه ليصارفه (١) عليه فيما يبد في أمانة محضة نص عليه مع أنها قبضت بالمعاوضة وقياس قول الأصحاب أنها مضمونة كما قالوا في الضامن إذا قبض من المضمون منه قبل الأداء على وجه الاستيفاء منه عند الوفاء أنه مضمون لقبضه على وجه المعاوضة وأولى لأن القبض هنا وجد قبل الاستحقاق فهو كما لو أقبضت المرأة زوجها مالا عوضاً عما يستحقه عليها بالطلاق قبله .

(النوع الثاني) ما أخذ (٢) لمصلحتها على غير وجه التمليك لعينه كالرهن والمضاربة والشركة والوكالة يجعل والوصية كذلك فهذا كله أمانة على المذهب ، وفي الرهن رواية أخرى تدل على ضمانه وتأولها القاضي وأثبتها ابن عقيل والاعيان المستأجرة والموصى بمنفعته (٣) أمانة كالرهن لأنه مقبوض على وجه الاستحقاق

تنبيه - من الاعيان المضمونة ما ليس له مالك من الخلق وما له مالك غير معين فالأول كالصيد إذا قبضه المحرم فإنه يجب تحليله وإرساله وسوا - ابتداء قبضه في الاحرام أو كان في يده ثم أحرم وإن تألف قبل إرساله فإن كان بعد التمكن منه وجب ضمانه للتفریط وإن كان قبله لزمه الضمان فيها ابتداء قبضه في الاحرام دون ما كان في يده قبله للتفریط في الأولى دون الثانية، هذا قول القاضي وصاحب المغني ، وخرج ابن عقيل الضمان فيهما لأنها عين (٤) مضمونة فلا يقف ضمانها على [عدم] التمكن من الرد كالواري والغصب

والثاني الزكاة إذا قلنا تجب في الدين فالذهب وجوب الضمان بتلفها بكل حال ، لأنها وجبت شكرًا لنعمة المال النامي الموجود في جميع الأحوال فهي شبيهة بالمعاوضة ويستثنى من ذلك ما لم يدخل تحت اليد كالديون والثر في روس الشجر لا تنفاه قهضه وكال الانتفاع به ومن الأصحاب من خرج وجهاً بسقوط الضمان قبل إمكان الأداء . مطلقاً .

(القاعدة الرابعة والأربعون)

في قبول قول الأمانة في الرد والتلف أما التلف فيقبل فيه قول كل أمين إذا لا معنى للأمانة

(١) نسختنا: ليصادقه (٢) ما أخذه: د (٣) نسختنا: بنفعها (٤) نسختنا: غير

الاتقاء الضمان ، ومن لوازمه قبول قوله في التلف والا للزم الضمان باحتمال التلف وهو لا يلزمه الضمان مع تحققه ويستثنى من ذلك الوديعة اذا هلك مال المودع على طريقة من يصح الخلاف فيها في قبول [قول] المودع في التلف لا في أصل ضمانه وكذلك العين المستأجرة والمستأجر على عمل [فيها] حكى فيها رواية بالضمان فمن الأصحاب من جعلها رواية بثبوت الضمان فيها فلا تكون أمانة ، ومنهم من حكى الخلاف في قبول دعوى التلف بأمر خفي وهي طريقة [ابن] أبي موسى فلا تخرج بذلك عن الأمانة وأما الرد فالأمانة ثلاثة أقسام .

الأول من قبض المال لمنفعة المالك وهو - فالذهب أن قولهم في الرد مقبول ونقل أبو طالب وابن منصور عن أحمد أن الوديعة اذا ثبتت بينة لم تقبل دعوى الرد بدون بينة وخرجها ابن عقيل على أن الأشهاد على دفع الحقوق الثابتة بالبينة واجب فيكون تركه تفریطاً فيجب فيه الضمان وكذلك خرج طائفة من الأصحاب في وصى اليتيم أنه لا يقبل قوله في الرد بدون بينة ، وعزاه القاضي في خلافه إلى قول الخرق وهو متوجه على هذا المأخذ ، لأن الأشهاد بالدفع إلى اليتيم مأمور به بنص القرآن ، وقد صرح أبو الخطاب في انتصاره باشتراطه الأشهاد عليه كالنكاح .

القسم الثاني - من قبض المال لمنفعة نفسه كالمرتبين للمشهور أن قوله في الرد غير مقبول لشبهه بالمستعير وخرج أبو الخطاب وأبو الحسين وجهاً آخر بقبول قوله في الرد لأنه أمين في الجملة وكذلك الخلاف في المستأجر .

القسم الثالث - من قبض المال لمنفعة مشتركة بينه وبين مالكه كالمضارب والشريك والوكيل يجعل والوصى كذلك ففي قبول قولهم في الرد وجهان معروفان لوجود الشائبتين في حقهم .

(أحدهما) عدم القبول ونص عليه أحمد في المضارب في رواية ابن منصور أن عليه البينة بدفع رأس المال وهو اختيار ابن حامد وابن أبي موسى والقاضي في المجرد وابن عقيل وغيرهم

(والثاني) قبول قولهم في ذلك وهو اختيار القاضي في خلافه وابنه أبي الحسين والشريف أبي جعفر وأبي الخطاب في خلافه ووجدت ذلك منصوفاً عن أحمد في رواية ابن منصور في المضارب أيضاً في رجل دفع إلى آخر [ألف درهم] مضاربة فجاء بالف فقال هذا ربح وقد دفعت إليك ألفاً رأس مالك قال هو مصدق فيما قال ، ووجدت في مسائل أبي داود عن أحمد نحو هذا أيضاً ، وكذلك نقل عنه مهنا في مضارب دفع إلى رب المال كل يوم شيئاً ثم قال كان من رأس المال أن القول قوله مع يمينه وحكم الأجير المشترك حكم هؤلاء وكذلك من يعمل في عين مجزء من ثمنها لأنه إما أجير أو

شريك والفرق بينهم وبين المستأجر أن المستأجر قبض مال المؤجر ليستوفي منه حق نفسه فصار حفظه لنفسه وعار المال (١) في أيديهم أمانة لاحق لهم فيه وإنما حقهم فيما ينشأ منه أوفى ذمة المالك فاما من يعمل في المال بجزء من عينه فهو كالوصى الذي يأكل من مال اليتيم القول قوله في الرد أيضاً صرح به القاضي لأن المال لم يقبضه لحق نفسه بل للحفظ على المالك وحقه فيه متعلق بعمله بخلاف المرتهن والمستأجر.. ثم هاهنا أربعة أقسام

(أحدها) أن يدعى الأمين أنه رد الأمانة إلى من اتمنه وهذا هو الذي ذكرناه

(والثاني) أن يدعى الرد إلى غير من اتمنه بأذنه قبل يقبل قوله على وجهين (أحدهما) وهو المنصوص وهو اختيار أبي الحسن التيمي أنه يقبل قوله (والثاني) لا يقبل فقيل لتفريطه بترك الأشهاد على المدفوع إليه فلو صدقه الأمين على الدفع لم يسقط الضمان وقيل بل لانه ليس أميناً للأموال بالدفع إليه فلا يقبل قوله في الرد إليه كالأجنبي وكل من [هذه] الأقوال الثلاثة قد نسب إلى الحرق بل ونسب إليه أن دعوى الوصى الرد إلى اليتيم غير مقبول كما سبق فربما أطرد هذا في دعوى الرد من جميع الأمانة إلى من اتمنهم وهو بعيد جداً وربما اختص بالوصى لأن اتيمانه ليس من جهة الصبي فهو كالأجنبي معه هذا، إذا ادعى الرد باذن المالك وإن ادعاه مع عدم اذنه فلا يقبل منه حتى ولا الاداء إلى الوارث والحاكم لأنها لم ياتمناه نقله في التلخيص إلا أن يدعى الرد إلى من يده كيد المالك كوكيله أو رد الوديعة إلى عبده وخازنه ونحوهما ممن يحفظ ماله لأن أيديهم كيده، ويتوجه في دعوى الرد إلى الحاكم والوارث بعد موت الموروث القبول لقيامها مقام المؤتمن وهو رد مبرى.

القسم الثالث — أن يدعى غير الأمين كوارثه أن الأمين رد إلى المالك فلا يقبل لأنه غير مؤتمن فلا يقبل قوله، ومن المتأخرين من خرج وجهاً بالقبول لأن الأصل عدم حصولها في يده وجعل أصل أحد الوجهين فيما إذا مات من كان عنده أمانة ولم توجد في تركته ولم يعلم بقاؤها عنده أنها لا تضمن ولا حاجة إلى التخريج إذا لأن الضمان على هذا الوجه منتفٍ سواء ادعى الوارث الرد أو التلف أو لم يدع شيئاً.

القسم الرابع — أن يدعى من حكمه حكم الأمانة في سقوط الضمان عنه بالتلف قبل التمكن من الرد كوارث المودع ونحوه والمقتطع بعد ظهور المالك ومن أطارت الرمح إلى داره ثوباً إذا

ادعوا الرد الى المالك ، ففي التلخيص لا يقبل لأن المالك لم يأتمنه ويتوجه قبول دعواه في حالة لا يضمن فيها بالتلف لأنه مؤتمن شرعاً في هذه الحالة

تنبيه — عامل الصدقة مقبول القول في دفعها الى المستحقين ولو كذبوه بغير خلاف وان كان وكيلاً يجعل ذكره القاضي في الأحكام السلطانية لأن الصدقة عبادة فلا استحلاف فيها ولذلك لا يستحلف أربابها اذا ادعوا الدفع الى العامل وانكرف كذلك العامل لأنه أمين لأربابها فيقبل قوله عليهم في الرد وأما عامل الخراج فلا يقبل قوله في الدفع الا بينته أو تصديق ذكره القاضي أيضاً وعلل بأن الخراج دين فلا يقبل قول مستوفيه في دفعه الى مستحقه وهذا التعليل متتهض بالوكيل في استيفاء دين ودفعه الى مستحقه فان قوله مقبول في ذلك كما سبق والأظهر تخريج حكم عامل الخراج على الوكيل فان كان متبرعاً فالقول قوله وان كان يجعل ففيه وجهان وكذلك يخرج في عامل الوقف ونظره

(القاعدة الخامسة والأربعون)

عقود الأمانات هل تنفسخ بمجرد التعدي فيها أم لا . المذهب أن الأمانة المحضة تبطل بالتعدي والأمانة المتضمنة لأمر آخر لا تبطل على الصحيح ويتخرج على هذا مسائل :

(منها) اذا تعدى في الوديعة بطلت ولم يحز له الامساك ووجب الرد على الفور لأنها أمانة محضة وقد زالت بالتعدي فلا تعود بدون عقد متجدد هذا هو المشهور ، ولو كانت عينين فتعدي في إحدهما فهل يصير ضامناً لها أو لما وجد فيه التعدي خاصة فيه تردد وذكره القاضي أبو يعلى الصغير وذكره ابن الزاغوني أنه اذا زال التعدي وعاد الى الحفظ لم تبطل وقد يوجه بأن المالك أسند إليه الحفظ لرضاه باماته فمضى وجدت الأمانة فلا سند موجود لوجود علته فهو كما لو صرح بالتعليق فقال كلما خنت ثم عدت فانت أمين فانه يصح لصحة تعليق الإيداع على الشرط كالوكالة صرح به القاضي (ومنها) الوكيل اذا تعدى فالمشهور ان وكالته لا تنفسخ بل تزول أمانته ويصير ضامناً ولهذا لو باع بدون ثمن المثل صمح وضمن النقص لأن الوكالة إذنت في التصرف مع استئمان فاذا زال أحدهما لم يزل الآخر هذا هو المشهور على هذا فانما يضمن ما [وقع] فيه التعدي خاصة حتى لو باعه وقبض منه لم يضمنه لأنه لم يتعد في عينه ذكره في التلخيص ولا يزول الضمان عن عين ما وقع فيه التعدي بحال الاعلى طريقة ابن الزاغوني في الوديعة

وظاهر كلام كثير من الاحصاف أن المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا بطلانها فيفسد العقد ويصير متصرفاً بمجرد الاذن ، وحكى ابن عقيل في نظرياته وصاحب المحرر وجهاً آخر وبه جزم القاضى في خلافه أن الوكالة تبطل كالوديعة لزوال الائتمان والاذن في التصرف كان منوطاً به (ومنها) الشركة والمضاربة إذا تعدى فيها المعروف من المذهب أنه يصير ضامناً ويصح تصرفه لبقاء الاذن فيه ويتخرج بطلان تصرفه من الوكالة (ومنها) الرهن اذا تعدى المرتهن فيه زال اثباته وبقي مضموناً عليه ولم تبطل توثيقه وحكى ابن عقيل في نظرياته احتمالاً لبطلان الرهن وفيه بعد لأنه عقد لازم وحق للمرتهن على الراهن لاسيما إن كان مشروطاً في عقد وقلنا يلزم بمجرد العقد فإن الراهن يجبر على تقييده فكيف يزول بالتعدى (ومنها) اذا استأجره لحفظ شيء مدة لحفظه في بعضها ثم تركه فمل تبطل الاجارة فيه وجهان قال ابن المثنى أحصاهم لا تبطل بل يزول الاستئمان ويصير ضامناً . وفي مسائل ابن منصور عن أحمد اذا استأجر أجيراً شهراً معلوماً لجاء اليه في نصف ذلك الشهر أن للمستأجر الخيار والوجه الآخر يبطل العقد فلا يستحق شيئاً من الاجرة بناء على أصلنا فيمن امتنع من تسليم بعض المنافع المستأجرة أنه لا يستحق اجرة . وبذلك أفنى ابن عقيل في فتوئه (ومنها) الوصى اذا تعدى في التصرف فمل يبطل كونه وصياً أم لا ذكر ابن عقيل في المفردات [فيه] احتمالين أحدهما لا يبطل بل تزول أمانته ويصير ضامناً كالوكيل والثاني تبطل لأنه خرج من حيز الأمانة بالتفريط فزالت ولايته بالتفريط شرطها كالخام اذا فسق . وفرض المسألة فيما اذا أقدم على البيع بدون قيمة المثل وعلى هذا يتخرج بيع العدل الذى يده الرهن له بدون ثمن المثل أو الثمن المقدر هل يصح أم لا لأن الأمانة معتبرة فيه ، واختيار صاحب المغنى أنه لا يصح بيعه بدون ثمن المثل لكنه علل بمخالفة الاذن وهو متقضى بالوكيل . ولهذا الحقه القاضى في المجرد وابن عقيل في الفصول ببيع الوكيل فصحها وضمنه النقص ومثله اجارة الناظر للوقف بدون اجرة المثل .

(القاعدة السادسة والأربعون)

في العقود الفاسدة هل هي منعقدة أولا وهى نوعان: أحدهما العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة . وقد ذكرنا آنفاً أن افسادها لا يجمع نفوذ التصرف فيها بالاذن لكن خصائصها تزول بفسادها فلا يصدق عليها أسماء العقود الصحيحة الا مقيدة بالفساد . وصرح القاضى في خلافه بأنه لو حلف على الشركة الفاسدة من اصلها أنها شركة حنث قال ويمنع من التصرف فيها والمنع من

التصرف مع القول بنفوذه وبقاء الاذن مشكل لاسيما وقد قرر أن العامل يستحق المسمى والنوع الثاني : العقود اللازمة فما كان منها لا يتمكن العبد من الخروج منه بقوله كالاحرام فهو منعقد لأنه لا سبيل الى التخلص منه إلا بإتمامه أو الإحصار عنه ، وما كان العبد متمكنا من الخروج منه بقوله فهو منقسم الى قسمين : أحدهما ما يترتب عليه حكم مبنى على التغليب والسرابة والنفوذ فهو منعقد وهو النكاح والكتابة يترتب عليهما الطلاق والعق فافقوتهما ونفوذهما انعقد العقد المختص بهما ونفذا فيه وبمهما أحكام كثيرة من أحكام العقد ففى النكاح يجب المهر بالعقد حتى لو طلقها قبل الدخول لزمه نصف المهر على وجه ويستقر بالخلو وتعتد فيه من حين الفقرة لامن حين الوطء وتعتد للوفاة فيه قبل الطلاق وفي الكتابة تستتب الأولاد والأكساب والثاني : ما لا يترتب عليه ذلك كالبيع والإجارة فامروء من المذهب أنه غير منعقد ويترتب عليه أحكام النصب وخرج أبو الخطاب في انتصاره صحة التصرف في البيع الفاسد من النكاح واعتزله أحمد الحارثي في تعليقه وقال النكاح الفاسد منعقد فلهذا صح التصرف فيه بخلاف البيع ولكن أبو الخطاب قد لا يسلّم انعقاد النكاح الفاسد ولا غيره لأنه يرى أن المجمع يحمل من إحصائه وإن الطلاق في النكاح الفاسد إما يقع من يمتنع صحته فمن هنا حسن عنده هذا التخرج اذ البيع والنكاح في هذا على حد واحد وأبى ابن عقيل في عمده احتمالا بنفوذ الاقالة في البيع الفاسد كالطلاق في النكاح الفاسد قال ويفيد ذلك أن حكم الحاكم بعد الاقالة بصحة العقد لا يؤثر . وذكر ابن عقيل وغيره وجهين في نفوذ العتق في البيع الفاسد كالطلاق في النكاح الفاسد وفرق بينهما على أحد الوجهين بأن الطلاق يسقط به حق نفسه فنفسه بخلاف العتق فانه يسقط به حق غيره وهو البائع وهذا كله يشعر بانعقاد البيع وذكر ابن عقيل في فصوله احتمالا في ما اذا قال لغيره بعدئذ اجمعة اعتق عبدك عني وعلى ثمنه فقبل هل ينفذ عتقه عن نفسه أو عن الأمر له ولكن هذا عقد موضوع للعتق والمملك تابع [له] فهو كالكتابة بخلاف البيع فان قيل فهل لا قلتم ان صحة التصرف في البيع الفاسد مستند الى الاذن بما في العقود المجازة اذا فسدت قيل ذلك لا يصح لوجهين :

(أحدهما) أن البيع وضع لنقل المملك لا للاذن وصحة التصرف فيه تستفاد من الملك لامن الاذن بخلاف الوكالة فانها موضوعة للاذن ، يوضحه أن الموكل أذن لوكيله ان يتصرف له وقد فعل ما أمره والبائع إنما أذن للمشتري في التصرف لنفسه بالمملك ولاملك ههنا ، (والثاني) أن الاذن في البيع مشروط بسلامة عوضه فإذا لم يسلم العوض انتفى الاذن والوكالة اذن مطلق بغير شرط.

(القاعدة السابعة والأربعون)

في ضمان المقبوض بالعقد الفاسد ، كل عقد يجب الضمان في صحيحه يجب الضمان في فاسده . وكل عقد لا يجب الضمان في صحيحه لا يجب الضمان في فاسده . ونعني بذلك أن العقد الصحيح اذا كان موجباً للضمان فالفساد كذلك واذا لم يكن الصحيح موجباً للضمان فالفساد كذلك فالبيع والاجارة والتكاح موجبة للضمان مع الصحة فكذلك مع الفساد . والإمانات كالمضاربة والشركة والوكالة والوديعة وعقود التبرعات كالهبة لا يجب الضمان فيها مع الصحة . فكذلك مع الفساد وكذلك الصدقة ، فاما قول أصحابنا فيمن عجل زكاته ثم تلف المال وقتلناه الرجوع به أنه اذا تلف ضمانه القابض فليس من القبض الفاسد بشيء لانه وقع صحيحاً ولكنه مراعى فأن بقى النصاب تيناً أنه قبض زكاة ، وان تلف تيناً أنه لم يكن زكاة فيرجع بها . نعم اذا ظهر قابض الزكاة ممن لا يجوز له أخذها فانه يضمنها لكون القبض لم يملك به وهو مفرط بقبض ما لا يجوز له قبضه فهذا من القبض الباطل لا الفاسد . وليس المراد أن كل حال ضمن فيها في العقد الصحيح وضمن في مثله من الفساد فإن البيع الصحيح لا يجب فيه ضمان المتفعة ، وانما يضمن العين بالثمن . المقبوض بالبيع الفاسد يجب ضمان الاجرة فيه على المذهب . والاجارة الصحيحة تجب [فيها] الاجرة بتسليم الدين المعقود عليها سواء اتفق بها المستأجر أو لم يتفق ، وفي الاجارة الفاسدة روايتان : إحداهما كذلك والثانية لا تجب الاجرة إلا بالاتفاق ، ولعلها راجعة الى أن المنافع لا تضمن في الغصب ونحوه إلا بالاتفاق وهو الأشبه . وكذلك يخرج في ضمان متفعة المبيع ههنا ، ولكن نقل [جماعة] عن احمد ما يدل على ان الاجارة الصحيحة لا تجب فيها الاجرة إلا بقدر الاتفاق اذا ترك المستأجر بقية الاتفاق بعذر من جهته ، وتارها القاضى وابن عقيل وأقرها صاحب شرح الهداية والقاضى أيضاً في بعض تعاليقه . والتكاح الصحيح يستقر فيه المهر بالخلو بدون الوطى . وفي التكاح الفاسد روايتان أيضاً وقد قيل إن ذلك مبنى على أن البضع هل يثبت عليه اليد أم لا . وقد نقل عن احمد فيها اذا نكح البعد نكاحاً فاسداً أنه لا مهر لها وهو محمول على أنه لم يوجد دخول أو على أنها كانتا عالمتان بالتحريم فتكون زانية . ونقل ابن مشيش وحرب عنه أن المبيع المقبوض من غير تسمية ثمن لا يضمن لأنه على ملك البائع ، وقد سبق ذلك والعمل في المذهب على خلافه ، اذا تقرر هذا فهل يضمن في العقد الفاسد بما سعى فيه أو بقيمة المثل فيه خلاف في مسائل :

(منها) المبيع والمعروف في المذهب ضمانه بالقيمة لا بالثمن المسمى [فيه] نص عليه أحمد في رواية ابن

منصور وأبي طالب لأن المسمى إنما وقع الرضى به في ضمان العقد والعقد غير موجب للضمان وأنا يترتب الضمان بأمر آخر طار على العقد وهو التلف تحت يده فيجب ضمانه بالقيمة أو المثل كما لو ائتمن على ضمان العارية عند اقباضها بشئ ثم تلفت فانه يلغى المتفق عليه ويجب المثل أو القيمة كذلك هنا ، وحكى القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في الكتابة عن أبي بكر عبد العزيز ان المقبوض بالبيع الفاسد بضمن بالمسمى وهو اختيار الشيخ تقي الدين وقال انه قياس المذهب أخذاً له من النكاح قال لأن اقباضه إياه اذن له في اتلافه بالعوض المسمى فأشبهه مالهو قال له اتلفه بألف درهم فأتلفه فانه لا يستحق [عليه] غير مسمى له وقد يجاب عن هذا بأن المسمى إنما جعل عوضاً عن الملك لاعتلاف ولم يتضمن العقد اذناً في الاتلاف إنما تضمن نقل ملك بعوض ولم يوجد نقل الملك فلا يثبت العوض وإنما وجب الضمان بسبب متجدد (ومنها) الاجارة الفاسدة والمعروف من المذهب ضمانها بأجرة المثل ايضاً وبتخرج على قول أبي بكر انها تضمن بالأجرة المسماة والقول فيها كالتول في البيع سواء (ومنها) الكتابة الفاسدة تضمن بالمسمى فاذا أدى مسمى فيها حصل الحق ولم يازه ضمان قبضته ذكره أبو بكر وهو ظاهر كلام احمد ، واتفق الاصحاب على ذلك لكن المتأخرون زعموا ان الكتابة الفاسدة تعلّق بصفة فلا يؤثر فسادها ولا تحريرها كما لو قال ابد له ان أعطيتني خيراً فانت حر فاعطاه عتق اوجود الصفة وأما أبو بكر فعنده ان الكتابة عقد معاوضة أبداً وهو اختيار ابن عقيل وهو الاظهر ولا يقع العتق عنده بأداء المحرم لأن العقد لا يعتقد بعوض محرم بل هو عنده باطل (ومنها) النكاح الفاسد يستقر بالدخول فيه وجوب المهر المسمى في الرواية المشهورة عن احمد وهي المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى واختارها القاضي وأكثر اصحابه في كتب الخلاف ويفرق بين النكاح والبيع بأن النكاح مع فساد منه منعقد ، ويترتب عليه أكثر أحكام الصحيح من وقوع الطلاق ولزوم عدة الوفاة بعد الموت والاعتداد منه بعد المفارقة في الحياة ووجوب المهر فيه بالعقد وتقرره بالخلو فلذلك لزم المهر المسمى فيه كالصحيح. وضح ان ضمان المهر في النكاح الفاسد ضمان عقد كضمانه في الصحيح وضمان البيع الفاسد ضمان تألف بخلاف البيع الصحيح فان ضمانه ضمان عقد ، وحكى عن احمد رواية أخرى أن الواجب مهر المثل أخذاً من رواية المروذي عنه في عبد تزوج بغير اذن سيده فدخل بها فقد جعل لها عثمان الخنسين ، وأنا أذهب الى ان يعطى شيئاً فلم يوجب المسمى وهو اختيار الثوري وصاحب المغني ، واستدلوا بقوله عليه الصلاة والسلام فيمن أنكحت نفسها [أن] لها المهر بما استحل منها فوجب المهر بالاستحلال وهو الاصابة فدل على أنه لم يجب بالعقد وإنما

وجب بالوطء والواجب بالوطء، مهر المثل. وهذا ضعيف فإن الاستحلال يحصل بمحاولة الحل وتحصيله وإن لم يوجد الوطء. وقد يطلق على استحلال ما لم يحل من الأجنبية مثله وهو الخلوة أو المباشرة وذلك مقرر عندنا للنهر. وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم الملاعن مثل ذلك وليس محولا عندنا إلا على [مثل] ما ذكرنا لا على حقيقة الوطء، فاما عقود المصارف كالأشرك والمضاربة فهل يجب التمسك فيها أو أجرة المثل فيه خلاف بين الأصحاب وليس ذلك مما نحن فيه لأن كلامنا في ضمان القابض بالعقد الفاسد وهذه العقود لا ضمان فيها على القابض، وإنما يجب له فيها العوض بعمله أما المسمى وأما أجرة المثل على خلاف فيه.

﴿ القاعدة الثامنة والأربعون ﴾

كل من ملك شيئا بعوض ملك عليه عوضه في آن واحد ويترد هذا في البيع والسلم والقرض والاجارة فيملك المستأجر المنافع والمؤجر الأجرة بنفس العقد، وكذلك في النكاح في ظاهر المذهب فيملك الزوج منفعة البضع بالعقد وتملك المرأة به الصداق كله. وكذلك الكتابة تملك العبد منافعها وكتابه وتملك ذابته النجوم بنفس العقد، وكذلك الخلع والاعتاق على مال، وكذلك المعاوضات القهرية كأخذ المضطر طعام النير وأخذ الشقيع الشقة ونحوهما، وأما تسليم العوضين فمضى كان أحدهما مؤجلا لم يمنع ذلك المطالبة بتسليم الآخر وإن كانا حين فنى البيع إن كان الثمن ديناً في الزمة فالمذهب وجوب قبض البائع أولاً لأن حق المشتري تعاقد بعين فقدم على الحق المتعلق بالذمة ولا يجوز للبائع حبس المبيع عنده على الثمن إلى المنته وص لانه صار في يده أمانة فوجب رده بالمطالبة كسائر الأمانات، واختار صاحب المغنى أن له الامتناع من قبضه حتى يحضر الثمن لأن في تسليمه بدون الثمن منه رأ بقوات الثمن عليه فلا يلزم تسليمه حتى يحضره وقال أبو الخطاب في انتصاره: الصحيح عندي أنه لا يلزم التسليم حتى يتسلم الثمن كما في النكاح وإن كان ديناً فهما - و - ولا يجوز أحدهما دلي الإدامة بالتسليم بل يذهب عند التنازع من قبض منهما ثم يتبعضهما فإن كان هناك خيار لهما أو لاحدهما لم يملك البائع المطالبة بالنقد ذكره القاضي في الاجارات من خلافه وصرح به الأرجى في نهايته ولا يملك المشتري قبض المبيع في مدة الخيار بدون إذن صريح من البائع نص عليه أحمد في رواية ابن الشانجي (١). وأما في الاجارة فالمذهب أنه لا يجب تسليم الأجرة إلا بعد تسليم العمل المعقود عليه أو العين المعقود عليها كما لا يجب دفع الثمن إلا بعد تسليم المبيع ومتى سلم العين وجب عليه تسليم الأجرة لتمكنه من

(١) بدون ابن في نسختي الدار

الاتفاق بقبضها نص عليه أحمد، وقال القاضي في تعليقه إن الأجير يجب دفع الأجرة إليه إذا شرع في العمل لأنه قد سلم نفسه لاستيفاء المنفعة فهو كتسليم الدار المؤجرة. ولعله يخص ذلك بالأجير الخاص لأن منافعه تناف تحت يد المستأجر فهو شبيه بتسليم العقار، وقال ابن أبي موسى من استؤجر لعمل معلوم استحق الأجرة عند إيفاء العمل وإن استؤجر في كل يوم باجر معلوم فله أجر كل يوم عند تمامه، وظاهر هذا أن المستأجر للعمل مدة يجب له أجرة كل يوم في آخره لأن ذلك مقتضى العرف، وقد يعمل على ما إذا كانت المدة مطابقة غير معينة كاستئجاره كل يوم بكذا فانه يصح ويثبت له الخيار في آخر كل يوم فيجب له الأجرة فيه لأنه غير ملزوم بالعمل فيها بعده. ولأن مدته لا تنتهي فلا يمكن تأخير إعطائه إلى تمامها أو على أن المدة معينة إذا عينا لكل يوم منها قسطا من الأجرة فهي إجازات متعددة وأما النكاح فاستحق المرأة فيه المهر بالعقد ولها الامتناع من التسليم حتى تقضه في المذهب ذكره الخرق والأصحاب، ونقله ابن المنذر اتفاقا من العلماء. وله الأسماء بأن المنفعة المعقود عليها تناف بالاستيفاء فإذا تعذر استيفاء المهر عليها لم يمكنها استرجاع عوضها بخلاف المبيع فذلك ما كتبت الامتناع من التسليم حتى تقبضه وهذه الالة موجودة فيما لا يتباني من المبيع من المأهومات والمثروبات والفواكه والرياحين. بل في سلع التجارة أيضاً. وهذا مما يرجح ما اختاره أبو الخطاب وأيضاً فطرد هذا التعليل أن يجوز الامتناع من تسليم الدين المؤجرة حتى تستوفي الأجرة لأن المعقود عليه يتناف أيضاً ويستهلك فلا يمكن استرداده عند تعذر الوصول إلى الأجرة لكن قد يفرق بينهما بأن الزوج إذا تسلم المرأة فانه يستوفي في الحال ما يستقر به المهر فإذا تعذر أخذ المهر منه فأت على الزوجة المهر وما قبله، وأما في الإجارة فإذا تسلم المستأجر العين المؤجرة فالزوجر المطالبة حيثنذ بالأجرة فان تعذر حصولها ذلك التسخير يرجع إلى المؤجر ماخرج عنه أو غلبه وهذا إذا كانت الزوجة من يمكن الاستمتاع بها فان كانت لا تصالح لذلك فقال ابن حامد وغيره لها المطالبة به أيضاً ورجح صاحب المغني خلافه وخرجه صاحب التزغيب عما حكى الأمدى أنه لا يحس البداية بتسليم المهر بل يعدل كالتنمين العين فلا يلزم تسليم المهر الا عند التمكن من تسلم العوض المعقود عليه وقال الشيخ تقي الدين الأشبه عندى أن الصغيرة تستحق المطالبة لها بنصف الصداق لأن النصف يستحق بإزاء الحبس وهو حاصل بالعقد والنصف الآخر بإزاء الدخول فلا تستحقه إلا بالتمكن أما لو استقر المهر بالدخول ثم نشرت المرأة فلا نفقة لها ولها أو لولمها أو سديها إن كانت أمة المطالبة بالمهر ذكره أبو بكر وغيره لأن وجوبه استقر بالتمكن فلا يؤثر فيه ما طرأ عليه بعده

(القاعدة التاسعة والأربعون)

القبض في العقود على قسمين :

أحدهما: أن يكون من موجب العقد ومقتضاه كالبيع اللازم والرهن اللازم والهبة اللازمة والصداق وعرض الخلع فهذه العقود تلزم من غير قبض ، وأما القبض فيها من موجبات عقودها الثاني بأن يكون القبض من تمام العقد كالقبض في السلم والريويات وفي الرهن والهبة والوقف على رواية والوصية على وجه وفي بيع غير المعين أيضا على خلاف فيه ، فأما السلم فتى تفرقا قبل قبض رأس ماله بطل وكذلك في الريويات ، وأما الرهن والهبة فهل يعتبر القبض فيها في جميع الأعيان أو في المبيع غير المتميز كقفيز من صيرة على روايتين ، وأما الوقف فتى لزومه بدون اخراج الوقف عن يده روايتان معروفتان ، وأما الوصية فهل تلزم بالقبول في المبيع فيه وجهان . واختار القاضى وابن عقيل أنها لا تلزم فيه بدون قبض ، وخرج صاحب المغنى وجهها ثالثا أنها لا تلزم بدون القبض مطلقا كالهبة ، وكذلك حكى صاحب المغنى وغيره وجهين في رد الموقوف عليه المعين للوقف هل يبطل برده ، وصرح القاضى في المجرى بأن الملك فيه لا يلزم بدون القبض وأما المبيع المبيع فذكر القاضى في موضع أنه غير لازم بدون القبض وذكر في موضع آخر [أنه] لازم من جهته [ولم يتعرض للشترى ولعله جعله غير لازم من جهته البائع] لأنه لم يدخل في ضمانه بعد واختار صاحب المغنى أنه لازم في حقهما جميعا وقال هو ظاهر كلام الخرقي

واعلم أن كثيرا من الأصحاب يجعل القبض في هذه العقود معتبرا للزومها واستمرارها لا لانقضاء وانشائها ومن صرح بذلك صاحب المغنى وأبو الخطاب في انتصاره وصاحب التلخيص وغيرهم ، ومن الأصحاب من جعل القبض فيها شرطا للصحة ومن صرح بذلك صاحب المجرى فيه في الصرف والسلم والهبة ، وقال في التلخيص : مذهبا أن الملك في الموهوب لا يثبت بدون القبض وفرغ عليه إذا دخل وقت الغروب من ليلة الفطر والعبد موهوب لم يقبض ثم قبض وقتنا يعتبر في هبة القبض فقطرته على الواهب . وكذلك صرح ابن عقيل بأن القبض ركن من أركان الهبة كالايجاب في غيرها وكلام الخرقي يدل عليه أيضا ، وكذلك ذكر القاضى أن القبض شرط في صحة الصرف والسلم وصرح به كثير من الأصحاب ، ولكن صاحب المجرى لم يذكر في الرهن إلا أن القبض شرط للزومه ، وصرح أبو بكر بأنه شرط لصحته وأن الرهن يبطل بزواله وكذلك صاحب المجرى في شرح الهداية والشيرازى وغيرهما . وأما القرض والصدقة والزكاة وغيرها فقها طريقان أحدهما لا يملك إلا بالقبض رواية واحدة وهى طريقة المجرى

والمبجج ونص عليه احمد في مواضع ، والثانية أنه في المهم لا يملك بدون القبض بخلاف المدين فانه يملك فيه بالمقد وهي طريقة القاضى في خلافه وابن عقيل في مفرداته والحلوانى وابنه الا انهما حكيا في المدين روايتين كالمية ، وأما السهم من الغنمة فيملك بدون القبض اذا عينه الامام بغير خلاف صرح به الحلوانى وابن عقيل وغيرهما ، وأما العارية فلا تملك بدون القبض ان قيل انها هبة منقعة وخبرج القاضى فيها رواية أخرى أنها تملك بمجرد العقد كهيئة اليعان ونزيم اذا كانت مؤقته وان يدل على إباحة فلا ينصل الملك فيها بمال بل يستوفى على ملك المالك كالمالك النظيف قال الشيخ نفى المدين التحريم أن قال في هذه العقود اذا لم ينصل القبض فلا بد ، واذا كان بعض الفقهاء يقول بل العقد فكلما يقال اذا لم يقبل المفاوض بل لا يتناول ، فهذا يدل على أنه لم يتم لا بسلان ما تم استوى ، ولا يستبعد توقف انعقاد العقد على أمر زائد على الابتناب والذيل كما يتوقف انعقاد الشكاح معهما على الشهادة . وفي الهبة وجه ثالث حكى من ابن حبان أن الملك فيها يقع مراعى فان وجد القبض تدبنا انه كان للوهوب بقبوله والا فهو للواهب ، ووفرع على ذلك حكم الفطرة وقد يطرد قوله بالوقف والمراعاة الى بقية هذه العقود . وأما البيع الذى يعتبر له القبض نفى كلام أبى بكر ما يدل على أنه لا ينعقد بدون القبض أيضا فانه قال اذا اشتراه كيلا فلا يقع بينهما الا كيلا وتأوله القاضى على نفى الضمان وهو بعيد قال لأن احمد قيل له في رواية ابن ميثيق أليس قد سلمك المشتري قال بلى ولكن هو من مال البائع يعنى اذا تلف ، قلت : ولكن صرح احمد في رواية ابن منصور بانتقال الملك قبل القبض فقال أما ما يكال ولا يوزن فلا بد للبائع ان يوفيه المبتاع لأن ملك البائع فيه قائم حتى يوفيه المشتري وما لا يكال ولا يوزن اذا كان معلوما فهو ملك للمشتري فما لزمه من شئ فهو عليه ، وقال أيضا فى طعام اشترى بالصنعة ولا يحول البائع الثمن والبائع مالك بعد ما لم يكله المشتري وهذا صريح لا يمكن تأويله ، فيكون اذا عن احمد في انتقال الملك في بيع المكبل والموزون بدون القبض روايتان .

(القاعدة الخمسون)

هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن أو يقع بدونه مضموناً في الإذمة هذا على

ضريين :

أحدهما التملك الاضطرارى كمن اضطر الى طعام الذير ومنه وقد ر على أخذه فانه يأخذه مضموناً سواء كان معه ثمن يدفعه في الحال أولا لأن ضرره لا يتدفع إلا بذلك

والثاني : ما عده من التمليكات المشروعة لازالة ضرر ما كالاخذ بالشفعة وأخذ الغراس والبناء من المستعير والمستأجر والزرع من الفاعب وتقويم الشقص من العبد المشترك اذا قيل إنه تملك يقف على التقويم ، وكالفسوخ التي يستقل بها البائع بعد قبض الثمن يتخرج ذلك كله على وجهين فإن لا محابنا في الاخذ بالشفعة وجهين :

أحدهما : لا يملك بدون دفع الثمن وهو يحكى عن ابن عقيل ويشهد له نص أحمد أنه اذا لم يحضر المال مدة طويلة بطلت شفيعته .

والثاني : تملك بدونه مضموناً في الذمة ، ونص احد في فسخ البائع أنه لا ينفذ بدون رد الثمن قال أبو طالب : قلت لأحمد يقولون اذا كان له الخيار ففي قال اخترت دارى أو أرضى لخيار له ويطلب بالثمن قال [كيف] له الخيار ولم يعطه ماله ليس هذا بشئ ان أعطاه فله الخيار وان لم يعطه ماله فليس له الخيار ، واختار الشيخ تقي الدين ذلك ، وقد يتخرج مثله في سائر المسائل لأن التسليط على انزعاع الاموال قهر أن لم يقتصر به دفع العوض والا حصل به ضرورة فساد . وأصل انزعاع القهرى انما شرع لدفع الضرر والضرر لا يزال بالضرر ، وقد يفرق بين مسألة أبي طالب وبقية المسائل بأن البائع لو فسخ من غير دفع الثمن اجتمع له العوض والمعوض ، وذلك ممتنع ولا يوجد مثله في بقية الصور أذا أكثر ما فيها التملك ويعوض في الذمة وهو جائز كالقرض وغيره .

تنبيه — الاملاك القهرية تخالف الاختيارية من جهة اسبابها وشروطها وأحكامها وتملك الا بتملك بها ، أما الاول فيحصل التملك القهرى بالاستيلاء على ملك الغير الاجنبى بخلاف الاختيارى ، وأما الثانى فالتملك القهرى كالاخذ بالشفعة هل يشترط منفعة كالبيع أم لا لانه قهرى كالمراث قال في التلخيص فيه تردد ، وأما الثالث . فقد ذكرنا اشتراط دفع الثمن للتملك القهرى ، وللمشتري حبس الشخص المشفوع على دفع الثمن ، وان قلنا يملك بدونه وينفذ تصرف الشفع في قبل قبضه ، وهل يثبت له فيه خيار المجلس على وجهين قال في التلخيص ويخرج التردد في الجميع نظرا الى الجهتين . وأما الرابع فيملك الكافر العبد المسلم بالارث ويرده عليه بعيب ونحوه فى أحد الوجهين وباستيلاء المسلم أمته وبالقهر ، وكذلك تملك المصاحف بهذه الاسباب وهل يملك أم ولد المسلم بالقهر على روايتين وملك بالميزاث والخز والكلب كذا الصيد فى حق المحرم على أحد الوجهين ولا يملك ذلك كله بالاختيار .

(القاعدة الحادية والخمسون)

فما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكة وما لا يعتبر له الملك يقع تارة بعقد وتارة بغير عقد والعقد نوعان :

أحدهما - عقود المعاوضات المحضنة فينتقل الضمان فيها الى من ينتقل الملك اليه بمجرد التمكن من القبض التام والحيازة اذا تميز المعقود عليه من غيره وتعين فاما المبيع المجهول غير المتعين كقفيز من صبرة فلا ينتقل ضمانها بدون القبض وهل يكفي كيله وتمييزه أم لا بد من نقله وحكي الاصحاب فيه روايتين ثم لهم طريقان : منهم من يقول هل النخلة قبض في جميع الاعيان المبيعة أم لا بد من نقله ، حكى الاصحاب فيه روايتين ، ومنهم من يقول النخلة قبض في المبيع المتعين رواية واحدة ، وفيها ليس بمتعين اذا عين وخلى بينه وبينه روايتين وكلا الطريقين مسلك القاضي في خلافه وله طريقة ثالثة سلكتها في المجرد أن الكيل قبض للمجهول رواية واحدة ، وذكر قول أحد في رواية [محمد بن] (١) الحسن بن هارون قبضه كيله والنخلة قبض في المعينات على روايتين وهذه أصح (٢) مما قبلها وقد فرق أحمد بين المجهول فجعل قبضه كيله وبين الصبرة فجعل قبضها نقلها في رواية الأثرم لأن المجهول اذا كيل فقد حصل فيه التميز وزيادة وهي اعتبار قدره وكلاهما من فعل البائع وهو الواجب عليه ولم يوجد في بقية المعينات شيء من ذلك سوى تمييزها بنفسها ، وعلى الطريقة الأولى فيكون بعد كيله وتمييزه كسائر الاعيان المتميزة وما عدا ذلك من الاعيان المتميزة فهو داخل في ضمان المشتري بالعقد في ظاهر المذهب لتمكنه من قبضه التام بالحيازة وقد انقطعت علق البائع منه لأن عليه تسليمه والتسليم من قبضه وقد حصل ، الا اثر المشتري في ردوس شجرة فان المشتري لا يتمكن من تمام (٣) قبضه في الحال بميازته اليه ؛ وكذلك مالا يتأق نقله في ساعة واحدة لكثرة فائه لا ينتقل الى ضمانه الى المشتري الا بعد مضي زمن يتأق فيه نقله عادة صرح به القاضي وغيره فالناقل للضمان هو القدرة التامة على الاستيفاء والحيازة وحكم المجهول المشتري بعدد او ذرع كذلك وأنكر أحمد في رواية ابن منصور دخول المعلوم فيه ولعل مراده اذا اشترى صبرة ، وأما المشاع فكالتعين لأن تسليمه يكون على هيئة لا يقف على

(١) الزيادة عن نسختي الدار (٢) نسختي الدار : أوضح (٣) نسختي الدار : كمال

أفرازه كذلك ذكره القاضى وابن عقيل والصبرة المتاعة كيلا أو وزنا كالتفجير المهبى عند الخرق وأبى بكر والاكثرين لأن علقى البائع لم تقطع منها ولم تتميز فإن زيادتها ونقصها عليه وفى التلخيص أن بعض الأصحاب خرج فيها وجها بالحقها بالبعد والثوب بناء على أن العلة اختلاط المبيع بغيره. قال وهو ضعيف، قال: واستثنى بعض أصحابنا منها المتعينات فى الصرف لقوله عليه [الصلاة] السلام إلاها وهما وراه. أن الشارع اعتبر له القبض فالتحق بالمبهيات ونقل صالح عن أحمد فيمن اشترى عبدا فمات فى يد المتناع هو من مال المتناع إلا أن يقول المتناع تسله فلا يتسله وظاهر هذا أنه يكون من ضمان البائع إلا أن يتمتع المشتري من تسله بعد عرضه عليه فيدخل فى ضمانه، ونقل حنبل عنه إذا عرضه البائع عليه ولم ينقده الثمن فله أن يملكه فهو من مال البائع، وإن نقده الثمن وتركه عنده فهو من مال المشتري، ويلتحق بهذه المضمونات من المبيع ما اشترى بصفة أو رؤية سابقة على العقد لأن الغيبة مانعة من التمكن من القبض، فأما المبيع فى مكان أو زمان ينقلب فيه هلاك السلعة فهل يكون مضمونا على البائع مطلقا أم لا هذه مسألة تباعب الغيبة بعد القسمة فى دار الحرب إذا غاب عليها العدو بعد ذلك وعن أحمد فى ضمانها روايتان، كذا حكى الأصحاب ولم يفرق أكثرهم بين ما قبل القبض وما بعده وظهر كلام ابن عقيل التفریق وأنه قبل القبض من ضمان البائع قولاً واسعاً كالأثر المأثور فى روس الشجر لترصه للآفات وفيه نظار فإن الثمر لم ويتمكن المشتري من قبضه تماماً بخلاف المبيع المدين فى دار الحرب، ويخص أكثر الأصحاب ذلك بمدة الغيبة لأن طالب الكفار لها شديد وحرسهم على استردادها معاوم بخلاف غيرها من أموال المسلمين وحكى ابن عقيل فى تباعب المسلمين أموالهم بينهم بدار الحرب إذا غاب عليها العدو قبل قبضه وجهين كمال الغيبة فأما ما بيع فى دار الاسلام فى زمن نهب ونحوه فمضمون على المشتري قولاً واحداً ذكره كثير من الأصحاب كشره من يغاب على الظن هلاكه كبريض ميثوس منه أو مرتد أو قاتل فى محاربة أو فى زمن طاعون غالب، ويحتمل فى هذا أن يفرق بين التلف قبل القبض وبعده فأما الأعيان المأوكه بعقد غير البيع كالأصالح والنكاح والخلع والعق ونحو ذلك فيحكمها حكم البيع فيها ذكرنا عند أكثر الأصحاب (١) قال فى المغنى ليس فيه اختلاف، وحكى أبو الخطاب ومن اتبعه رواية بأن الصداق مضمون على الزوج قبل القبض مطلقاً فإنه نص فيها إذا أصدقها غلاماً ففقت عنه قبل أن تقبضه أن عليه ضمانه وتأولها القاضى على أن الزوج فقاً عنه

او انه امتنع من التسليم حتى فقت عينه فيكون ضامناً بلاربيب ويمكن ان يخرج من هذا رواية بأن ضمان جميع الاعيان لا تنتقل الا بالقبض في البيع وغيره وخرجنا بعض الاصحاب رواية عن احمد من نصح على ضمان صبر الطعام على البائع قبل القبض فمن الاصحاب من تأولها على انها بمعنى كيلاً، ومنهم من أقرها رواية في المكيل والموزون وإن بيع جزافاً، ومنهم من خرج منها رواية في جميع الاعيان المتميزة وماخذ ذلك ان علق الملك لا تنقطع عنه بدون القبض لان تسليمه واجب عليه بحق العقد ولم يوجد فلم تتم أحكام العقد فكان مضموناً على المملك وهذه شبه ابن عقيل التي اعتمدها في أن ضمان جميع الاعيان على البائع قبل القبض وهي ضعيفة فان البائع عليه التمكين من القبض وهو معنى التسليم فاذا وجد منه فقد قضى ما عليه، وأما النقل فهو على المشتري دون البائع وهو واجب عليه لتفريغ ملك البائع من ملكه، فكيف يكون تعديه بشغل ارض المالك بملكه من غير اذنه او مع مطالبته بتفريغه موجبا للضمان على البائع، ويحتمل أن يفرق بين النكاح وغيره من العقود بأن المهر في النكاح ليس بعوض أصلي بل هو شبهة بالهبة، ولهذا سماه الله هبة فلا ينتقل ضمانه الى المرأة بدون القبض كالهبة والصدقة والزكاة، وهذا كله في الاعيان. فأما المنافع في الاجارة فلا تدخل في ضمان المستأجر بدون القبض او التمكين منه او تفوته باختياره فان استوفى المنافع فلا كلام وان تمكن من استيفائها بقبض العين او تسليم الاجير الخاص نفسه تلفت من ضمانه ايضاً لتمكنه من الانتفاع.

والنوع الثاني: عقود لامعاوضة فيها كالصدقة والهبة والوصية، فالوصية تملك بدون القبض والهبة والصدقة فهما خلاف سبق فاذا قيل لا يملكان بدون القبض فلا كلام لكن هل يكفي بالقبض فيها بالتخليه على رواية قالبيهم لا بد من النقل، جمهور الاصحاب على تسوية الرهن والهبة بالبيع في كيفية القبض، واختار صاحب التلخيص أنه لا يكفي التمكين ههنا في الزوم ففي أصل الملك أولى قال لأن القبض هنا سبب الاستحقاق بخلاف القبض في البيع فان العقد سبب لاستحقاق القبض فيمكن فيه التمكين، وان قيل يحصل الملك بمجرد العقد فلا ينبغي ان يكون مضموناً على المملك اذا تلف في يده من غير منع لأنها عقود بر وتبرع فلا يقتضى الضمان وكلام الاصحاب يشهد لذلك.

وأما الوصية اذا ثبت الملك للموصى له اما بالموت بمجرد من غير قبول او بالموت راعى بالقبول او بالقبول من حينه دون ماقبله على اختلاف الوجوه في المسألة فان ضمانه من حين القبول

على الموصى له من غير خلاف فعله اذا كان متحكماً من قبضه وأما [ما] قبل القبول فغيره وجهان :
 أحدهما : أنه من ضمان الموصى له أيضاً وهو ظاهر كلام احمد والخرقي وصرح به القاضي وابن
 عقيل في كتاب العتق ، وكذلك صاحب المغنى والترغيب وغيرهم ، ولم يحكوا فيه خلافاً . وهذا لأننا
 ان قلنا يملك بمجرد الموت أما مع القبول [أو] بدونه فهو ملكه فإذا تمكن من قبضه كان عليه ضمانه كما
 لو ملكه بجهة أو غيرهما من المقود ، وإن قلنا لا يملكه الا من حين القبول فلا نحقه تعلق بالغير (١)
 تعلقاً بمنع الورثة من التصرف فيه فأشبهه العبد الجاني اذا أخر المجنى عليه استيفاء حقه حتى نقص
 أو تلف ولأن حق الموصى له في التملك ثابت لا يمكن ابطاله فكان ضمان النقص عليه وإن لم يحصل
 له الملك كما في ربح المضاربة اذا قلنا لا يملك الا بالقسمة ونصف الصداق اذا قلنا لا يملك الا
 بالتملك والمناجم اذا قلنا لا يملك بدون القسمة بخلاف بقية المقود فإن الحق فيها يمكن ابطاله .
 والوجه الثاني : لا يدخل في ضمانه الا بالقبول على الوجوه كلها وهو المجزوم به في المحرر لأنه ان
 قيل لا يملك الا من حينه فواضح لأنه لم يكن قبل ذلك على ملكه فلا يحسب نقصه عليه ، وإن
 قيل يملك بالموت فالدين مضمونة على التركة بدليل مالو تالفت قبل القبول فانها تلفت من التركة
 لامن مال الموصى له فكذلك أجزاؤها ، لأن القبول وإن كان مثبتاً للملك من حين الموت الا أن
 ثبوته السابق تابع لثبوته من حين القبول والمعدوم حال القبول لا يتصور الملك فيه فلا يثبت فيه
 ملك ، نعم إن قيل يملك بمجرد الموت من غير قبول فينبغي أن يكون من ضمانه (٢) بكل حال كالوروث
 وهذا كله في المملوك بالمقد فاما مملك بغير عقد فهو حال :

أحدهما : الملك القهرى كإيراث وفي ضمانه وجهان أحدهما أنه يستقر على الورثة بالموت اذا
 كان المال عيناً حاضرة يتمكن من قبضها قال احمد في رواية ابن منصور في رجل ترك مائة دينار
 وعبدًا قيمته مائة دينار وأوصى لرجل بالبديفرقت الدنانير بعد موت الرجل وجب العبد للموصى له
 وذهبت دنانير الورثة وهكذا ذكر الخرقي وأكثر الأصحاب ، لأن ملكهم استقر بثبوت سيده
 اذ هو لا يخشى انفساخه ، ولا رجوع لهم بالبديل على أحد فأشبهه مافي يد المودع ونحوه بخلاف
 المملوك بالمقود لأنه إما أن يخشى انفساخ سبب الملك فيه أو يرجع يبدله فلذلك اعتبر له القبض
 وأيضاً فالمملوك بالبيع ونحوه ينتقل الضمان فيه بالتمكن من القبض فالديرات أولى ، وقال القاضي
 وابن عقيل في كتاب العتق لا يدخل في ضمانه بدون القبض لأنه لم يحصل في أيديهم ولم ينتفعوا
 به فأشبه الدين والغائب ونحوهما مالم يتمكنوا من قبضه ، فعلى هذا ان زادت التركة قبل القبض

(١) نسختنا الدار بالعين (٢) نسختنا الدار أن يكون ضمانه عليه بكل حال

فالزيادة للورثة ، وإن نقصت لم يحسب النقص عليهم وكانت التركة ما بقي بعد النقص حتى لو تلف المال كله سوى القدر الموصى به صار هو التركة ولم يكن للموصى له سوى ثلثه إلا أن يقال إن الموصى له يملك الوصية بالموت بمجردة أو مراعى بالقبول فلا نزاعه الورثة لأن ملكه سبق استحقاقهم لمزاحمته بالنقص فيختص به كما لو لم يتلف المال إلا بعد قبوله ، وعلى ذلك خرج صاحب الترغيب وغيره كلام أحمد في رواية ابن منصور ، والإلحاح أصح لأن الموصى له يمكن من أخذ الدين الموصى بهما مع حضور التركة والتمسك [من قبضها بغير خلاف ولو لم يدخل في ضمانهم إلا بالقبض لم يمكن أن يأخذ من الدين أكثر من ثلثها وتوقف قبض الباقي على قبض الورثة فكلما قبضوا شيئا أخذ من الموصى به بقدر (١) ثلثه كما لو كانت التركة ديناً أو غائباً لا يمكن من قبضه

والنوع الثاني : ما يحصل بسبب الأذى (٢) يترتب له الملك فإن كان حيازة مباح كالاحتشاش والاحتطاب والاختتام ونحوها فلا أشكال ولا ضمان هنا على أحد سواء ، ولو وكل في ذلك أو شارك فيه دخل في حكم التركة والوكالة وكذلك اللقطة بعد الحول لأنها في يده وإن كان تعين ماله في ذمة غيره من الديون فلا يدين في المذهب المشهور إلا بالتبذر ، وعلى القول الآخر يتعين بالاذن في القبض فالمعتبر حكم ذلك الاذن

(القاعدة الثانية والمنسوخ)

في التصرف في المملوكات قبل قبضها : وهي منقسمة إلى عقود وغيرها فالعقود نوعان : أحدهما : عقود المعاوضات وتنقسم إلى بيع وذمير ، فأما المبيع فقالت طائفة من الأصحاب التصرف قبل القبض والضمان : فلا زمان فإن كان البيع مضموناً على البائع لم يجز أن تصرف فيه المشتري حتى يقبضه وإن كان قبل القبض من ضمان المشتري جاز له الصرف فيه ، وصرح بذلك القاضي في الجامع الصغير وغيره . وجعلوا المدة المانعة من التصرف توالى الضمانات . وفي المذهب طريقة أخرى وهي أن : تدرج بين التصرف والضمان فيجوز التصرف والضمان على البائع كما في بيع الثمرة قبل جدها فإنه يجوز في أصح الروايتين وهي مضمونة على البائع ويمنع التصرف في صيرة الطعام المشتراة جزافاً على إحدى الروايتين ، وهي اختيار الخرق مع أنها في ضمان المشتري وهذه طريقة الأكثرين من الأصحاب فإنهم حكوا الخلاف في بيع الصبرة مع عدم الخلاف في

(١) أخذوا من الدين بقدر نسختنا الدار (٢) الاذن ٧١١

كونها مضمونة على البائع ، ومن ذكر ذلك ابن أبي موسى والقاضي في المجرد والخلاف وابن عقيل في الفصول والمفردات والحلواني وابنه وغيرهم . وصرح ابن عقيل في النظريات بأنه لا تلازم بين الضمان والتصرف وعلى هذا فالقبض نوعان : قبض يبيع التصرف وهو الممكن في حال العقد وقبض ينقل والضمان وهو القبض التام المقصود بالعقد ، وقد حكى ابن عقيل وغيره الخلاف فيما يتمتع التصرف فيه قبل قبضه هل هو المبيع أو جنس المكيل والموزون وإن بيع جزاءا أو المعلوم خاصة مكلا أو موزونا كان أو غيرهما أو المعلوم المكيل أو الموزون ونقله منها عن أحمد وضعف القاضي هذه الرواية ورجحها صاحب المغنى ولم يذكرها في الضمان ذلك ، واختار ابن عقيل المنع من بيع جميع الأعيان قبل القبض معللا بأن العقد الأول لم يتم حيث بقي من أحكامه التسليم فلا يرد عليه عقد آخر قبل انبرامه ولم يجعل الضمان لازما له ، وكلام القاضي في الجامع الصغير قد يتأول بأنه ذكر أن المتعين يجوز بيعه قبل القبض وغير المتعين لا يجوز ثم لازم بعد ذلك بين جواز البيع والضمان وهو صحيح على ما ذكره فانه اقتصر على ذكر جادة المذهب وهو أن لاضمان ولا منع من التصرف الا في المبيع خاصة ولم يبين انه لا تلازم بين التصرف والضمان أن المنافع المستأجرة يجوز أن يؤجرها المستأجر وهي مضمونة على المؤجر الأول والثمر المبيع على شجر المبيع يجوز بيعه على المنصوص وهو مضمون على البائع الأول ، والمقبوض قبضا فاسدا كالمكيل اذا قبض جزاءا فانتقل الضمان فيه الى المشتري ولا يجوز التصرف فيه قبل كيله وبيع الدين ممن هو في ذمته جائز على المذهب وليس مضمونا على مالكة وكذلك المالك يتصرف في المنصوب والمعار والمقبوض بعقد فاسد وضمانها على القابض ، والتعليل بتوالي الضمانين ضعيف لأنه لا محذور فيه كما لو تابع الشقص المشفوع جماعة ثم اتزعه الشفيع من الاول ، وكذلك التعليل بخشية انتقاص الملك بتلفه عند البائع بطل بالثمر المشتري في رهوس الشجر وباجارة المنافع المستأجرة وبهذا أيضا ينتقض تعليل ابن عقيل ، وبيع الدين ممن هو عليه ، لأن البائع وفي عليه بالتخلف والتميز فلم يبق له علقه في العقد ، وعلى أيضا بأنه داخل في بيع ما ليس عنده وهو شيء بالفر لتعرضه للافات ، وهو يقضى المنع في جميع الأعيان ، وأشار الامام أحمد الى أن المراد من النهي عن ربح مالم يضمن حيث كان مضمونا على بائعه فلا يربح فيه مشترية ، وكأنه حل النهي عنه هو الربح على النهي عن أصل الربح لانه مظنة الربح ، ويتخرج له قول آخر أن النهي عن حقيقة الربح دون البيع بالثمن الذي اشتراه فانه منع في رواية من اجارة المنافع المستأجرة لا يمتل الا لاجرة لئلا يربح فيما لم يضمن ومنع

في رواية أخرى من ربح ما اشتراه المضارب على وجه المخالفة لرب المال لأنه ضامن له بالمخالفة فكره أحد ربحه لدخوله في ربح مالم يضمن وأجاز أصل البيع وأجاز الاحتياض عن ثمن المبيع قبل قبضه بقيمة من غير ربح لئلا يكون ربحاً فيما لم يضمن فيخرج من هذا رواية أن كل مضمون على غير مالكة يجوز بيعه بغير ربح ويؤلم مثل ذلك في بيع الدين من الغريم والقر على رؤوس النخل وغيرهما مما لم يضمنه البائع ونقل حنبل عن أحمد في بيع الطعام الموهوب قبل قبضه لا بأس به مالم يكن للتجار قوهذا يدل على أن المنع في بيع الطعام قبل قبضه هو الربح والتكسب ولا فرق في ذلك بين بيعه من يائمه وغيره وقد نص أحمد على منع بيعه من يائمه حتى يكرهه . واختلف الأصحاب في الاقالة فيه قبل قبضه فمنهم من خرجها على الخلاف في كرها يباعاً أو فسخاً ، فأن قيل إنها لم يصح والاصح ، وعن أبي بكر أنه منعها على الرويتين بدون كيل ثان لانها تجديد ملك ، ويخرج لنا رواية ثالثة بجواز البيع من البائع لان أحد أجاز في رواية منصوطة عنه (١) بيعه من الشريك الذي حضر كيله وعلمه من غير كيل آخر فالبايع أولى ، وحكي القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول في كتاب الاجارات رواية (٢) في جواز بيعه قبل القبض من يائمه خاصة [و] ذكرنا ما أخذها ، وهو اختلاف الرويتين عنه في بيع الدين في الذمة إذا كان طعاماً ميكلاً أو موزوناً قبل قبضه ، وهذا مخالف لما ذكرناه في البيع فانها خصا فيه الرويتين بما في الذمة سواء كان طعاماً أو غيره هذا في التصرف فيه بالبيع : وأما غيره من العقود فقال القاضي في المجرد وابن عقيل لا يجوز رهنه ولا هبته ولا اجارته قبل القبض كالبيع ، ثم ذكرنا في الرهن عن الاصحاب أنه يصح رهنه قبل قبضه لأنه لا يؤدي الى ربح مالم يضمن بخلاف البيع ، وفي هذا المأخذ نظر لان الرهن إنما يصح فيما يصح بيعه لأنه يقضى الى البيع لكن تركه في يد البائع لا يطلو غالباً وقبضه متيسر فذلك يصح رهنه ، وعلى ابن عقيل المنع من رهنه لأنه غير مقبوض ولا متعين ولا متعين وفيه ضعف لا مكان تمييزه وقبضه . وعلى مرة أخرى في الرهن والهبة بأن القبض شرط لهما فكيف ينبغي عقد من شرطه القبض على عقد لم يوجد فيه القبض . وللأصحاب وجه آخر أنه أنه يجوز رهنه على غير ثمنه حكاه أبو الخطاب فيما كان معيناً كالصبرة وأظنه منعه منه في المجهول لعدم تآني القبض وهو معتبر فيه كما ذكر ابن عقيل فخرج من هذا وجهان للأصحاب في سائر العقود . ومن الاصحاب من قطع بجواز جملة مهرأ معللاً بأن ذلك غرر يسير يشتغل في الصداق

ومنها صاحب المحرر ، وهذا وجه ثالث .

هذا كله في المبيع ، فأما ثمنه فإن كان معينا جاز التصرف قبل قبضه ، سواء كان المبيع يجوز التصرف فيه قبل القبض أولا ، وصرح به القاضي وإن كان مبهما لم يحز إلا بعد تمييزه ، وإن كان دينيا جاز أن يعاوض عنه قبل قبضه . ذكره القاضي وابن عقيل ولم يخرجا المعوضة على الخلاف في بيع الدين عن هو عليه . وقد حكى في ذلك روايتين والاكثر أن أدخلوه في جملة صور الخلاف ، وقد نص أحمد على جواز اقتضاء أحد النقيدين من الآخر بالقيمة في رواية الأثرم (١) وابن منصور وحنبلي . ونقل عنه القاضي البرقي في طعام في الذمة هل يشتري به شيئا من عليه فتوقف قال فقلت [له] لم لا يكون هذا مثل اقتضاء الورق من الذهب فكأنه أجازته من غير أن يوضحه [إيضاحا] بينا ، وهذا يشعر أن اقتضاء أحد النقيدين من الآخر يجوز من غير خلاف لحديث ابن عمر في ذلك ، والخلاف في المعوضة عنهما بغيرهما ، ولم يذكر القاضي وابن عقيل في الصرف في ذلك خلافا ، والمعنى في ذلك أن النقيدين لتقاربهما في المعنى أجريا بمجرى الشيء الواحد فأخذ أحدهما عن الآخر ليس بمعاوضة محضة بل هو نوع استيفاء ، وقد صرح بذلك أحمد في رواية أبي طالب قال : ليس هو ببيع وإنما هو اقتضاء ولذلك لم يحز إلا بالسعر لأنه لما كانت المعاملة في القدر لا اختلاف الجنس اعتبرت في القيمة ، وهذا المأخذ هو الذي ذكره صاحب المغني . ومن الأصحاب من جعل ما أخذه الهى عن ربح مالم يضمن ، وأما القاضي فأجاز المعوضة عن أحد النقيدين بالآخر بما يتفقان عليه وتأول كلام أحمد بكلام بعيد جداً ، وقد ذكرنا أن طريقة القاضي وابن عقيل في الإجارة ، أن ما في الذمة إذا كان مكسباً أو موزوناً لم يحز بيعه قبل قبضه لأجنبي رواية واحدة وفي بيعه لمن هو في ذمته روايتان لأنه قبل القبض مبيع غير متخير ، وهذا الكلام في التصرف في المبيع وعوضه فأما غير المبيع من عقود المعاوضات فهو ضربان :

أحدهما : ما يخشى انفساخ العقد بتلفه قبل قبضه مثل الإجارة المعنية والدوز في الصلح بمعنى البيع ونحوهما فحكمه حكم البيع فيما سبق . وأما التصرف في المنافع المستأجرة فإن كان باعارة ونحوها فيجوز لأن له استيفاء العوض بنفسه وعن يقوم مقامه ، وإن كان بإجارة صح أيضاً بعد قبض العين ولم يصح قبضاها إلا للزوج على وجه سبق . ويصح إيجارها بمثل الإجارة وبأزيد في إحدى الروايتين وفي الأخرى يمنع بزيادة لدخوله في ربح مالم يضمن والصحيح الجواز لأن المنافع مضمومة على المستأجر في وجه ، بدليل أنه لو عطلها حتى فانت من غير استيفاء تلفت من ضمانه

(١) الأثرم غير وارد في ٧١١ ومضروب عليه في ٧١٢

فهى كالنثر فى رؤوس الشجر فهو مضمون عليه بالتلافه .

والضرب الثانى : مالا يضمنى انفساخ العقد بهلاكه قبل قبضه كالهدايا وعوض الخلع والعقود والمصالح به عن دم العمد ، ونحو ذلك فقيه وجهان :

أحدهما : يجوز التصرف فيه قبل القبض وهو قول القاضى فى المجرى وأبى الخطاب — خير أنه استثنى منه الهدايا — والسايرى وساحبى المفتى والتلخيص ونصر أحد على صحة هبة المرأة صداقها قبل القبض وهو تصرف فيه ، ووجه ذلك أن تلف هذه الاعراض لا يفسخ بها عقودها فلا ضرر فى التصرف فيها بخلاف البيع والاجارة ونحوهما ، ومع هذا فصرح القاضى فى المجرى بأن غير المتمين فيها مضمون على من هو يده يفرق بين التصرف والضمان هنا ونسب اليه صاحب التلخيص أنه سوى بينهما فأثبت الضمان ومنع التصرف وهو وهم عليه

والوجه الثانى : أن حكمها حكم البيع فلا يجوز التصرف فى غير المعين منها قبل القبض وهو الذى ذكره القاضى فى خلافه ، وقال هو قياس قول أصحابنا وابن عقيل فى الفصول والمفردات والحلوانى والشيرازى وصاحب المجرى ، واختاره صاحب المفتى فى كتاب النكاح الحاقاً لها بسائر عقود المعاوضات ، ولا يصح التفريق بعدم الانفساخ لأن الزرة الحديدية العظيمة اذا اشترت وزناً فلا يضمن هلاكها والتصرف فيها ممنوع ، وهنا مع الاجارة يضمن هلاكها والتصرف فيها جائز ، ورجح الشيخ قس الدين الأول ولكن بذاه على أن علة منع التصرف الرجوع فيما لم يضمن وهو منتفهمنا وهو أحد المآخذ للاصحاب فى أصل المسألة وعد القاضى فى هذا الضرب القرض وأرض الجنائيات وقيم المتلفات ، ووافق ابن عقيل على قيم المتلفات وفيه نظر فان القرض لا يملك بدون القبض على ما جزم به فى المجرى وقيم المتلفات يفسخ الصلح عنها بتلف العوض المضمون وكذلك أروش جنائيات الخطأ بخلاف العمد أو نحوه ليس بمقدد ليدخله المسخ ثم أنه مضمون فى الذمة كالدين وذلك لا يتعين فى الخارج الا بالقبض على المذهب والحق صاحب التلخيص بهذا أيضاً الملك العائد بالفسخ قبل القبض والاسترداد لأنه لا يضمن انتقاض سببه ، وهذا متجه على الوجه الأول الذى اختاره ، فاما الوجه الثانى ، فان كان العقد المنفسخ عن غير معاوضة صارت العين أمانة كالوديعة فيجوز التصرف فيها قبل القبض ، وان كان عقد معاوضة فهو مضمون على الأشهر فيتوجه أن لا يمتنع كالرأى والنصوب ، ولو حرج الحاكم على المفسخ ثم عين لكل غريم عيناً .

المال بحقه ملكه بمجرد التعيين ذكره الباقى فى الزكاة من المجرى فعلى هذا يتوجه أن يجوز له التصرف فيه قبل القبض .

تنبيه : ما شرط القبض لصحة عقد لا يصح التصرف فيه قبل القبض لعدم ثبوت الملك ، وقد

صرح به في المحرر في الصرف ورأس مال السلم ، فأما إن قيل بالملك بالتقصد فقد حكى في التلخيص في الصرف المتعين وجهين لأن انتفاء القبض هنا مؤثر في إبطال الفقد ، فلا يصح ورود حقه أكثر عليه قبل انبثامه ، والمنصوص عن أحمد في رواية ابن منصور المنع في الصرف والسلم والقود والقهرية كالأخذ بالشفعة يصح فيها قبل القبض ذكره أيضاً في التلخيص .

النوع الثاني عقود يثبت بها الملك من غير عوض كالوصية والهبة والصدقة ، فأما الوصية فيجوز التصرف فيها بعد ثبوت الملك وقبل القبض باتفاق من الأصحاب فيما نعلمه ، وسواء كان الموصى به معيناً أو مبهماً ، وسواء قلنا له رد المأثم قبل القبض أولاً ، ولأن أكثر ما في جواز رده أنه غير لازم من جهته ، وهذا لا يمنع صحة التصرف لأنها لازمة من جهة الميت بموته فهو كالبيع المشروط فيه الخيار للشترى وحده ، وأما الهبة التي تملك بالمقد بمجرد جرده فيجوز التصرف فيها قبل القبض أيضاً ، وقد نص أحد عليه كما سنذكره لأن حق الواهب ينقطع عنها بمجرد انتقال ملكه وإيست في ضمانه فلا محذور في التصرف فيها بوجه ، وأما الصدقة الواجبة والتطوع فالمذهب المنصوص أنها لا يملك بدون القبض كما سبق فلا كلام على هذا ، وعلى التخرج المذكور يملكها بدون القبض فينبغي أن يكون كالهبه ، وقد نص أحمد في رواية أبي الحارث وابن بختان في رجل عليه دين ويريد رجل يقضيه عنه من زكاته قال يدفعه إليه ، فقبل له هو محتاج ويخاف أن يدفعه إليه يأكله قال يقول له حتى يوكفه فيقضيه عنه وهذا ظاهر في أنه ملك الزكاة بالتعيين والقبول وجاز تصرفه فيها بالوكالة قبل القبض ، وكذلك نقل حنبل في مسأله أن أحمد ذكر له قول أبي سبرة لا بأس . إذا كان للرجل طعام أمر له به سلطان أو وهب له أن يبيعه قبل أن يقبضه والعبد مثل ذلك والذئبة يبيعه قبل أن يقبضها قال أحمد لا بأس بذلك مالم يكن للتجارة ، وقوله إذا لم يكن للتجارة لأن المنع من البيع إنما كان لدخوله في ربح مالم يضمن وما ملكه بغير عوض فلا يتصور فيه ربح ، فأما لو نوى بتمسكه التجارة فظاهر كلامه المنع لأنه جعله من الأموال المعدة للربح فامتنع بيعه قبل القبض

هذا الكلام في العقود فأما الملك بغير عقد كالإراث والنعمة والاستحقاق من أموال الوقف أو الفئ للبتناولين منه كالمرتزة في ديوان الجند وأهل الوقف المستحقين له فإذا ثبت لهم الملك وتعين مقداره جاز لهم التصرف فيه قبل القبض بغير خلاف أيضاً لأن حقهم مستقر فيه ولا علاقة لأحد معهم ويد من هو في يده بمنزلة يد المودع ونحوه الامناء وأما قبل ثبوت الملك فله حالتان :

أحدهما أن لا يوجد سببه فلا يجوز التصرف فيه بغير إشكال كتصرف الوارث قبل موت

مورثه والغنائم قبل انقضاء الحرب ومن لا رسم له في ديوان العطاء في الرزق
والثانية: بعد وجود السبب وقبل الاستقرار كتصرف الغنائم قبل القسمة على قولنا انهم يملكون
[الغنيمة] بالحيزة، وهو المذهب الصحيح والمرتزة قبل حلول العطاء ونحوه فقال ابن أبي موسى
لا يجوز بيع العطاء قبل قبضه ولا بيع الصك بعين ولا ورق قولاً واحداً، وإن باعه بعروض جاز
في إحدى الروايتين إذا قبض العروض قبل أن يتفرقا ومنع منه في الأخرى ولا يجوز بيع الغنائم
قبل أن تقسم ولا الصدقات قبل أن تقبض [انتهى] فهذه أربع مسائل

أحدهما: بيع العطاء قبل قبضه وهو رزق بيت المال وقد نص أحمد على كراهته في رواية أبي
طالب وابن منصور وبكر بن محمد، وقال هو شيء مغيب لا يدري أيصل إليه أم لا أو ما هو وقال
مرة لا يدري يخرج أولاً وقال في رواية أبي طالب في بيع الزيادة في العطاء قال ابن عباس
ما يدري ما يخرج ومتى يخرج لا يشتريه وكرهه وربما سعى هذا أيضاً ببيع الصكك ونقل حرب
عن أحمد في بيع الزيادة في العطاء لا بأس به برض قات وما تفسيره قال هو الرجل يزداد في عطائه
عشرة دنائير فيشتريها برض قال وسأله عن بيع الصك برض قال لا بأس به وروى حرب
باسناد صحيح عن ابن عباس أنه كان يكره بيع الزيادة في العطاء إلا برض وهذه رواية ثانية
بالجواز قال القاضي وابن عقيل هذه الرواية فيها إذا بلغ (١) بعد حلول العطاء لأنه وقت
الاستحقاق فهو حينئذ دين ثابت فيجوز بيعه لكن على طريقتيهما لا يجوز بيعه من غير (٢) الغريم
فرجماؤا ولا الرواية على أنه اشترى ذلك العرض بشئ مؤجل إلى وقت قبض العطاء وكان وقتها
عندهما معلوماً وأنه أحال بشئ العرض على حقه من العطاء، ولا يخفى فساد هذا التأويل لمن
تأمل كلام أحمد، وقد يكون مراد ابن أبي موسى ببيع العطاء قبل قبضه قبل استحقاق قبضه فأما
إذا استحق فهو داخل في بيع الصكك

المسألة الثانية: بيع الصكك قبل قبضها وهي الديون الثابتة على الناس وتسمى صكاً لأنها
تكتب في صكك وهي ما يكتب فيه من الرق ونحوه فيباع ماني الصك فإن كان الدين نقداً وبيع
بنقد لم يجز بلا خلاف لأنه صرف بنفسية وإن بيع بعرض وقبضه في المجلس ففيه روايتان
أحدهما: لا يجوز قال أحمد في رواية ابن منصور في بيع الصك هو غرر، ونقل أبو طالب عنه
أنه كرهه وقال: الصك لا يدري يخرج أولاً، وهذا يدل على أن مراده الصك من عطاء الديوان
والثانية: الجواز نص عليهما في رواية حرب وحنبلي ومحمد بن الحكم وفرق بينه وبين العطاء

(١) بيع: في ٧١١ (٢) في نسختي الدار: على الغريم

وقال الصدك انما يحتال على رجل وهو يقر بدين عليه والعطاء انما هو شيء مغيب لا يدري أبصل اليه أم لا وكذلك يهل حبل عنه في الرجل يشتري الصدك على الرجل بالدين قال لا بأس به بالمرض اذا خرج ولا يبيعه حتى يقبضه يعني مشتريه ، وهذا يدل على أنه لم يجعله من ضمان مشتريه بمجرد القبض ولا أباح له التصرف فيه لانه بمنزلة المنافع والثمر في شجره ، حاصل هذا يرجع الى جواز بيع الدين من غير الغريم وقد نص على جوازه كما ترى

المسألة الثالثة : بيع المغنم قبل أن تقسم ونص أحمد على كراهته في رواية حرب وغيره وعلاء في رواية صالح وابن منصور بأنه لا يدري ما يصيبه بمعنى أنه مجهول القدر والعين وان كان ملكه ثابتا عليه لكن الامام له أن يخص كل واحد بعين من الاعيان بخلاف قسمة الميراث وصح عن أبي الزبير قال جابر أكره بيع الخمس من قبل أن يقسم وروى محمد بن ابراهيم الباهلي عن محمد بن زيد يعني العبدى عن شهر بن حوشب عن أبي سعيد الخدرى قال قال رسول الله ﷺ لا تشتروا الصدقات حتى تقبض والمغنم حتى تقسم أخرجه الامام احمد وابن ماجه [واسحاق بن راهويه والبخاري في مسندهما] ومحمد بن زيد صالح لا بأس به والباہلي بصري مجهول وشهر حاله مشهور وفي سنن أبي داود من حديث روفع ابن ثابت أن النبي ﷺ قال لا يملك لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيع مغنما حتى يقسم وفي الحديث طول اخرج الترمذي بعضه وحسنه . وخرج النسائي من حديث ابن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المغنم حتى تقسم وخرجه أحمد وأبو داود من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم وروى ابن اسحاق عن عبد الله ابن ابي نجيح عن مكحول ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع المغنم حتى تقسم مرسل وهذا في حق آحاد الجيش منهي عنه سواء باعه قبل القبض أو بعده لانه قبل القبض مجهول وبعدة تعدو غلول فانه لا يستبد بالقسمة دون الامام وأما الامام فاذا رأى المصلحة في بيع شيء من الغنيمة وقسم ثمنه فله ذلك

المسألة الرابعة : بيع الصدقات قبل أن تقبض وما أخذه أن الصدقة لا يملك بدون القبض وفي مصنف عبد الرزاق عن [ابن] جريج عن موسى بن عقبة عن غير واحد أن النبي ﷺ نهى أن تباع الصدقة حتى تعتقل وتوزن وعن يحيى بن الملا البجلي عن خثعم بن عبد الله عن محمد بن زيد عن شهر بن حوشب قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصدقات حتى تقبض وهذا المرسل أشبه من المسند السابق ، فاما على القول بملكهم بمجرد القبول اذا تعينت من غير

قبض فقد مرئص أحد بجواز التوكيل فيها ، وهو نوع تصرف بقياسه سائر الصدقات (١) ، وتكون حيثئذ كالمطوعة المملوكة بالعقد ، وأما إذا عينها المالك من ماله وأفرد ما فلا يصير بذلك صدقة ولا يخرج عن ملكه بدون قبض المستحق أو قبوله وقد نص أحمد على أنها إذا تلفت بعد تعيينها لم تبرأ ذمته من الزكاة وأما أن كانت صدقة تطوع فاستحب أمضاها وكره الرجوع فيها ، ونقل عنه ما يدل على خروجها عن ملكه بمجرد التعيين ، نقل عبد الله عنه أنه قال كل شيء جعله الرجل لله بمضيه ولا يرجع في ماله ، وذلك أنه قد خرج من ملكه فليس هو له من صدقة أو معروف أو صلة رحم وإن كان قليلا أمضاه ونقل عنه جيش ابن سنان في رجل دفع إلى رجل دراهم فقال له تصدق بهذه الدراهم ثم إن الدافع جاء فقال ردالي الدراهم ما يصنع المدفوع ردها عليه قال لا يردها عليه بمضيه فيها أمره به ، ونقل جعفر بن محمد معناه وحمل القاضي ذلك على الاستحباب ، قال ابن عقيل لا أعلم للاستحباب وجها وهو كما قال وإنما يتخرج على أن الصدقة تعين بالتعيين كما يقول في الهدى والأضحية أنه يتعين بالقول بلا خلاف ، وفي تعيينه بالنية وجهاً ، فإذا قال هذه صدقة تمينت وصارت في حكم المنذورة وصرح به الأصحاب لكن هل ذلك انشاء للذرة أو إقرار ونه خلاف بين الأصحاب ، وإذا عين بيته أن يجعلها صدقة وعزلها عن ماله فهو كما اشترى شيئاً ينوي التضحية بها ، ولا يلزم من ذلك سقوط الزكاة عنه بتلفها قبل قبض المستحق أو الإمام لأننا إن قلنا الزكاة في الذمة فهو كما لو عين من الهدى واجب في الذمة هدياً فمطب فانه يلزمه إبداله وإن قلنا في العين فلا يبرأ منها لفوات قبض المستحق أو من يقوم مقامه وإيصاله أيضاً واجب عليه فلا يبرأ بدونه ، ولا يكتفي فيه بالتمييز ولو حصل التمكين من القبض من فعل الدفع واجب عليه فكيف إذا لم يحصل التمكين والله أعلم

﴿ القاعدة الثالثة والخمسون ﴾

من تصرف في عين تعلق بها حق لله تعالى أولاً دعى معين إن كان الحق مستقراً فيها بمطالبة من له الحق بحقه أو يأخذه بحقه لم ينفذ التصرف ولم يوجد سوى تعلق الحق لاستيفائه منها صح التصرف على ظاهر المذهب ، وقياس قول أبي بكر لا يصح حيث قال : لا يصح وقف الشفيع ولا رهن الجاني ، وكلامه في الشافعي يدل على أن التصرف فيما وجبت فيه الزكاة لا يصح في قدرها ، وكذلك اختار أبو الخطاب في الانتصار أنه لا يصح التصرف في الجاني بالبيع لتعلق الحق بعينه

فإن فداء السيد كان اقتساکاً وسقط الحق المتعلق به كما لو وفى دين الرهن والمذهب الأول وهو الفرق بين أن يثبت استحقاق يتعلق بالعين وبين أن يترتب على الثبوت مقتضاه بالأخذ بالحق أو بالمطالبة فالأول ملك أن يتملك والثاني يملك أو طالب بحقه الذى لا يمكن دفعه عنه ، وهو شيء بالفرق بين المفلس قبل الحجر عليه وبعده ، فالمفلس مقتضى للحجر والمتع من التصرف ، ولا يثبت ذلك إلا بالمطالبة والحكم ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة :

منها التصرف فى المهرن ببيع أو غيره عما لا سرایة له لا يصح لأن المرتهن أخذ بحقه فى الرهن من التوثيق والحبس وقبضه وحكم له به فهو بالنسبة إلى الرهن كغرماء المفلس المحجور عليه ، فأما العتق فأنما نفذ لقوته وسرايته كما نفذ حج المرأة والعبد بدون إذن السيد والزوج حتى أنهما لا يملكان تحليهما على إحدى الروايتين كقوة الاحرام ولزومه ، ولهذا ينعقد مع فسادہ ويلزم إتمامه .

ومنها الشفيع إذا طالب بالشفعة لا يصح تصرف المشتري بعد طلبه لأن حقه تقرر وثبت ، وقبل المطالبة إنما كان له أن يتملك والمطالبة إما تملك على رأى القاضى وإما مؤذنة بالملك وامانة للمشتري من التصرف ، إذ تصرف المشتري إنما كان نافذاً ترك الشفيع الاحتجار عليه والأخذ بحقه وقد زال فإن نهى الشفيع المشتري عن التصرف ولم يطالب بها لم يصير المشتري ممنوعاً ، بل تسقط الشفعة على قولنا هى على الفور ذكره القاضى فى خلافه

ومنها إذا حل الدين على القريم وأراد السفر فإن منعه غريمه من ذلك لم يجز له السفر ، وإن فعله كان عاصياً به لأنه حبسه وله ولاية حبسه لاستيفاء حقه كالمرتهن فى الرهن وإن لم يمنعه فهل له الاقدام على السفر ذكر ابن عقيل فيه وجهين :

أحدهما : يجوز لأن الحبس عقوبة لا يتوجه بدون الطلب والالتزام ، والثانى : لا لأنه يمنع بسفره حقاً واجباً عليه لثبوت الحبس فى حقه بل لما يلزم فى سفره من تأخير الحق الواجب عليه ومنها المفلس إذا طلب البايع منه سلعتة التى يرجع بها قبل الحجر لم ينفذ تصرفه نص عليه قال اسماعيل بن سعيد سألت أحد عن المفلس هل يجوز فعله فيما اشترى قبل أن يطالب البايع منه بما بايع المشتري عليه فقال إن أحدث فيه المشتري عتقا أو بيعاً أو هبة فهو جائز ما لم يطالب البايع ، وذلك أن الحديث قال هو أحق به فلا يكون أحق به إلا بالطلب فله أن لا يطالبه قلت : أرايت إن طلبه منه فلم يدفعه إليه ؟ قال فلا يجوز بيعه ولا هبته ولا صدقته بعد الطلب ونقل عنه اسماعيل أيضاً كلاماً يدل على أن مطالبة البايع - تثبت إما بتفليس الحاكم أو باشتهار فلسه بين الناس ،

وكذلك نقل عنه محمد بن موسى الزيداني (١) أن اشتهار فلسفه بظهور أماراته يمنع نفوذ تصرفاته مطلقاً ومنها لو وجد مضطراً وعنده طعام فاضل فبادر فباعه أو رهنه هل يصح قال أبو الخطاب في الانتصار في الرهن يصح ، ويستحق أخذه من يد المرتهن والبائع مثله ، ولم يفرق بين ما قبل الطلب وبعده ، والأظهر أنه لا يصح البيع بعد الطلب لوجوب الدفع بل ولو قيل لا يصح بيعه مطلقاً مع عليه باضطراره لم يبعد لأن بذله له واجب بالثمن فهو كما لو طالب الشفيع بالشفعة وأولى ، لأن هذا يجب بذله ابتداء لأحياء النفس ، وقد يفرق بأن الشفيع حقه متعين في عين الشقص ، وهذا حقه في مد الرق ، ولهذا كان إعطائه فرضاً على الكفاية فإذا نقله إلى غيره تعلق الحق بذلك الغير ووجب البذل عليه وأما ما تعلق به حق مجرد فيندرج تحته مسائل متعددة

منها بيع النصاب بعد الحول فانه يصح نص عليه لأن الوجوب إن كان متعلقاً بالذمة وحدها فلا إشكال وإن كان في الدين وحدها فليس بمعنى للشركة ولا بمعنى انحصار الحق فيها ، ولا تجوز المطالبة بالخراج منها عينا مع وجود غيرها ، فلا يتوجه انحصار الاستحقاق فيها بحال

ومنها بيع الجاني يصح في المنصوص وهو قول أكثر الأصحاب ، وسواء طالب الجاني عليه بحقه أم لا لأن حقه ليس في ملك العبد ، ولو كان كذلك للملك ابتداء وإنما وجب له أرض جنيته ولم نجد محلاً يتعلق به الوجوب سوى رقة العبد الجاني فأنحصر الحق فيها بمعنى الاستيفاء منها فإن رضى المالك ببذله جاز والا فأنما له أقل الآمين من قيمة الجاني أو أرض جنيته فأنهما (٢) بدل لزم قبوله والمطالبة منه إما تتوجه بحقه وحقه هو أرض الجناية لملك رقة العبد على الصحيح فلا يتوجه المنع من التصرف فيه لأن تسليمه إليه لم يتعين

ومنها من ملك عبداً من الغنيمة ثم ظهر سيده وقتلنا حقه ثابت فيه بالقيمة فباعه المغنم قبل أخذ سيده صح ويملك السيد انتزاعه من الثاني ، وكذلك لو رهنه صح ويملك السيد انتزاعه من المرتن ذكره أبو الخطاب في الانتصار ولم يفرق بين أن يطالب بأخذه أولاً والأظهر أن المطالبة بمنع (٣) التصرف كالشفعة

ومنها تصرف الورثة في التركة المعلق بها حق الغرماء وفي صحته وجهان أحدهما الصحة وعلى المنع ينغذ بالعق كالرهن ، واختار ابن عقيل في نظريانه أنه لا ينفذ إلا مع يسارهم لأن تصرفهم تبع لتصرف الموروث في مرضه ، وهذا متوجه على قولنا إن حق الغرماء تعلق بالتركة في المرض ومنها تصرف الزوجة في نصف الصداق بعد الطلاق إذا قلنا لم يدخل في ملك الزوج قهراً ، قال

(١) الديداني : ٧١١ (٢) فأنهما : ٧١١ (٣) تقطع

صاحب الترغيب : يحتمل وجهين لتردده بين خيار البيع وبين خيار الواهب ومنها تصرف من وهبه المريض ماله كله في مرضه قبل موته فيجوز وينفذ حتى لو كان أمه كان له وطؤها ، ذكره القاضي وحده [في خلافه] واستتمده الشيخ تقي الدين لأنه يتوقف على إجازة الورثة فكيف يجوز قبلها ، وقد يقال هو في الظاهر ملكه بالتبض وموت الواهب ، وانتقال الحق إلى الورثة . مطلقون فلا يمنع التصرف ، وأما تصرف المشتري في مدة الخيار له وللبيع فالمتخصص عن أحمد أنه موقوف على إمضاء البيع ، وكذلك ذكره أبو بكر في التنبية ، وهو ظاهر كلام القاضي في خلافه لأنه تصرف في خالص ملكه ، ولم يتعلق به سوى حق البائع في الفسخ وقد زال ، فأشبه تصرف الابن فيما وهبه له الأب غير أن تصرف الابن لا يقف على إمضاء الأب ، لأن حق الأب في الفسخ يسقط بانتقال الملك ، ولأن تسلط الأب على الرجوع لم يكن لبقاء أثر ملكه ، بل هو حق ثابت بالشرع مع ثبوت ملك الولد واستقراره فلا يمنع التصرف ، وطرد هذا في كل من تصرف في ملكه وقد تعلق به حق غيره لا يطل من أصله كتصرف المريض فيما زاد على ثلث ماله فإنه يقف على إمضاء الورثة ، وعق المكاتب لرقيقه يقف على تمام ملكه ، ذكره أبو بكر في الخلاف ، وكذا ذكره أبو الخطاب في الانتصار في مسألة إجازة الورثة أن تصرف الراهن يصح ويقف على إجازة المرتن ، وذكر الشيخ مجد الدين أن هذا قول من يقول بوقف تصرف الفضولي وذكر أبو الخطاب أيضاً أن تصرف المشتري في الشقص المشفوع يقف على إجازة الشفيع .

(القاعدة الرابعة والخمسون)

من ثبت له حق في عين وسقط بتصرف غيره فيها ، فهل يجوز للتصرف فيها الاقدام على التصرف المسقط لحق غيره قبل استثنائه أم لا ؟ هذا على ثلاثة أقسام : أحدها أن يكون الحق الذي يسقط بالتصرف قد أخذ به صاحبه وتملكه ، والثاني أن يكون قد طالب به صريحاً أو إيماناً ، والثالث أن ينبت له الحق شرعاً ولم يأخذ به ولم يطالب به

فاما الأول : فلا يجوز إسقاط حقه ولو ضمنه بالبدل كعتق العبد المرهون إذا قلنا بنفوذه على المذهب المشهور (١) ، فإنه لا يجوز ذكره غير واحد من الأصحاب منهم القاضي وابن عقيل وصاحب

(١) في ٧١١ المشهور من المذهب

السكافي مع أن عتقه بموجب ضمان قيمته يكون رهناً لأن فيه إسقاطاً لحقه القائم في العين بغير رضاه، وكذلك إخراج الرهن بالاستيلاء محرم، ولأجله منعنا أصل الوطء، وكذلك ينبغي أن يكون عتق المغلس المحجور عليه إذا نفذناه لأن حرمانه قد قطعوا تصرفه فيه بالحجر وتملكوا المال وقد ذكره ابن عقيل أيضاً في تبذيره قبل الحجر، وذكر القاضي في خلافه أن ظاهر كلام أحمد جواز عتق الراهن كاتصا ص من أحد عبيده المرهونين إذا قتله الآخر ولم يذكر لذلك نصاً، ولعله أخذ من قوله بنفوذ العتق ولا يدل، وأما اقتصاص الراهن من العبد المرهون أو من قتله، وقد صرح القاضي وابن عقيل بأنه لا يجوز لأن فيه تفويتاً لحق المرتن من غير الراهن أو قيمته الواجبة له وواجبا على الراهن قيمته تكون رهناً، وصرحنا أيضاً [هنا] بأن العتق هنا لا يجوز وأما ذكرنا جوازه في مسألة العتق وظاهر كلام أحمد جواز القصاص فيكون الفرق بين القصاص والعتق أن وجوب القصاص تعلق بالعبد تعلقاً يقدم به على حق المرتن بدليل أن حق الجاني مقدم على المرتن لانهصاص حقه فيه بخلاف المرتن وهذا مفقود في العتق.

وأما الثاني فلا يجوز أيضاً، ومنه خيار البائع المشترط في العقد لا يجوز للشترى إسقاطه بالتصرف في المبيع وإن قلنا أن الملك له فإن اشتراطه الخيار في العقد تعريض بالمطالبة بالفسخ

وأما الثالث ففيه خلاف، والصحيح أنه لا يجوز أيضاً، ولهذا لا يجوز إسقاط خياره الثابت في المجلس [بالعقود ولا غيره] كما لو اشتراطه ويندرج في صور الخلاف مسائل :

منها مفارقة أحد المتبايعين الآخر في المجلس بغير إذنه خشية أن يفسخ الآخر وفيه روايتان أحدهما يجوز لفعل من عمر والثانية لا يجوز لحديث عمر [و] بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي صلى الله عليه وسلم لا يعمل [له] أن يفارقه خشية أن يستقبله وهو صريح في التحريم وهو اختيار أبي بكر وصاحب المذنب

ومنها تصرف المشتري في الثمن المشفوع بالوقف قبل الطاب ينبغي أن يخرج على الخلاف في التي قبلها، وصرح القاضي بجوازه، وظاهر كلامه في مسألة التحيل على إسقاط الشفعة تعريمه وهو الاظهر، ويدل عليه أن النبي صلى الله عليه وسلم نبى عن بيع الشريك حتى يمرض على شريكه ليأخذوا ينزاع أن حقه من الاخذ لا يسقط بذلك فأولى أن ينهى عما يسقط حقه بالكلية

ومنها وطء العبد زوجته الآمة إذا عتقت ولم تعلم بالعتق ليستأثر اختيارها للفسخ، الاظهر نفي رجه على الخلاف، وقال الشيخ مجد الدين في تعليقه على الهداية قياس مذهبنا جوازه وفيما قاله نظر

ومنها تصرف الزوجة في نصف الصداق اذا طلق الزوج قبل الدخول وقتلنا مملوكه [مهرأ] فانه لا يجوز صرح به في المحرر، فاما تصرف احد المتبايعين فيما بيده من العوض اذا استحق الآخر رد ما بيده بعيب أو خلف في صفة فيجوز ذكره القاضي في خلافه لأن تصرفه لا يمنع حق الآخر من رد ما بيده فاذا رده استحق الرجوع بالعوض الذي بذله ان كان باقيا والارجع ببذله وقياس هذا ان البائع التصرف في الثمن في مدة الخيار، وظاهر كلام احمد في رواية الاثرى ان للبائع التصرف فيه الثمن في مدة الخيار الا أن يتخذ حيلة على أن يقرض غيره مالا يأخذ منه ما ينتفع به صورة البيع ويشترط الخيار ليرجع فيه، وان كان على غير وجه الحيلة فيجوز ولم يمنعه من التصرف في الثمن

(القاعدة الخامسة والخمسون)

من ثبت له حق التملك بفسخ أو عقد هل يكون تصرفه فسخاً (١) أم لا وهل ينفذ تصرفه أم لا المذهب المشهور أنه لا يكون مملوكاً، ولا ينفذ وفي بعض صورها خلاف، ومن صور المسألة البائع بشرط الخيار اذا تصرف في المبيع لم يكن تصرفه فسخاً ولم ينفذ نص عليه وقال في رواية ابن القاسم لا يجوز عتق البائع لانه غير مالك له في ذلك الوقت ايما له فيه خيار فاذا اختاره ثم اعتقه جاز فاما دون أن يرد البيع فلا، واختلف الأصحاب في المسألة على طرق :

أحدها : لا يكون فسخاً رواية واحدة وإما يفسخ بالقول وهي طريقة أبي بكر والقاضي في خلافه وصاحب المحرر وهي أصح وقد نص أحمد على أن يعمه ليس بفسخ في رواية اسماعيل بن سعيد ونص على أنه إذا وطئ فعليه الحد في رواية منها

والطريقة الثانية أن المسألة على روايتين وهي طريقة القاضي في كتاب الروايتين وأنى الخطاب وابن عقيل وصاحب المغنى ورجح أنه فسخ لأن ملك المشتري في مدة الخيار غير مستقر فيفسخ بمجرد تصرف البائع بخلاف بائع المفسل فان ملك المفسل تام

والطريقة الثالثة أن تصرفه فسخ بغير خلاف كما أن تصرف المشتري إمضاء وإبطال للخيار في المنصوص، وهي طريقة القاضي في المجرد والحلواني في الكفاية وهي محالة للنصوص ولا يصح اعتبار فسخ البائع بامضاء المشتري لأن ملك المشتري قائم وملك البائع مفقود والطريقة الرابعة أن تصرفه بالوطء فسخ بلا خلاف لانه اختيار ببذيل وطء من أسلم على

أكثر من أربع نسوة وبغيره وفيه الخلاف وهي طريقة صاحب الكافي وعن صريح بأن الوطء اختيار القاضي في المجرد وحكامه في الخلاف عن أبي بكر في التنبيه ولم أجده فيه ولا يصح الحاق وطء البائع بوطء من أسلم على أكثر من أربع نسوة لأن ملكه قائم فلذلك كان الوطء اختياراً في حقه فهو كوطء المشتري ههنا والبائع بخلافه وقد نص أحمد على أن عليه الحد في رواية مهنا وأما نفوذ التصرف فهو ممنوع على الأقوال كلها، صرح به الأكثرون من الأصحاب لأنه لم يتقدمه ملك اللهم إلا أن يتقدمه سبب يوجب الانقضاء كالسوم ونحوه، وذكر الحلواني في التبصرة أنه ينفذ ويتخرج من قاعدة لنا سند كرها إن شاء الله تعالى وهي أنه هل تكفى مقارنة شروط العقد للعقد في صحته

ومنها إذا باع أمة بعبد ثم وجد بالعبد عيباً فله الفسخ واسترجاع الأمة، وكذلك سائر السلع المعيبة إذا علم بها بعد العقد وليس له التصرف في عوضه الذي أداه لأن ملك الآخر عليه تام مستقر فلو أقدم وأعتق الأمة أو وطئها لم يكن ذلك فسخاً ولم ينفذ عتقه ذكره القاضي في خلافه وذكر في المجرد وابن عقيل في الفصول احتمالاً آخر أن وطئه يكون استرجاعاً كما في وطء المطلقة الرجعية. ومن أسلم على أكثر من أربع نسوة وهذا واه جداً فإن الملك عن الرجعية ومن أسلم عليهن لم يزل وهذا (١) قد زال

ومنها لو باع أمة ثم أفلس المشتري قبل نقد الثمن والأمة موجودة بعينها فله استرجاعها بالقول بدون إذن الحاكم على أصح الوجهين حكاهما القاضي بناء على نقض حكم الحاكم بخلافه فيكون كالفسخ المجمع عليه فلا يحتاج إلى حاكم، ولو أقدم على التصرف فيها ابتداء لم ينفذ ولم يكن استرجاعاً، وكذلك الوطء ذكره القاضي في الخلاف تمام ملك المفلس وفي المجرد والفصول أن الوطء استرجاع وأن فيه احتمالاً آخر بعدمه، ويمكن تخرج هذا الخلاف في سائر التصرفات على طريقة من أثبت الخلاف في تصرف البائع في مدة الخيار لأن ملك المفلس غير تام بدليل منعه من التصرف في ماله لحق البائع فهو كالمشتري في مدة الخيار غير أن ضعف الملك ههنا طارئ وفي مدة الخيار مبتدئ ولا أثر لذلك.

ومنها تصرف الشفع في الشقص المشفوع قبل التملك هل يكون تملكاً ويقوم ذلك مقام قوله أو تملكه أو مقام المطالبة عند من أثبت بها الملك أو مقام الأخذ باليد عند من أثبت المالك

[به يمكن] على تخريجه على الخلاف في المسألة قبلها، ولا سيما بعد المطالبة لأن حقه استقر وثبت واقطع تصرف المشتري.

ومنها لو وهب الأب لولده شيئاً وقبضه الولد ثم تصرف الأب فيه بعد القبض هل يكون تصرفه رجوعاً، المنصوص أن لا قال أحد في رواية أبي طالب إذا وهب لابنه جارية وقبضها الابن لم يجر للاب عتقها حتى يرجع فيها، وقال في رواية ابن هاني هذه الجارية للابن وأعتق الأب ماله له، وخرج أبو حفص البرمكي في كتاب حكم الوالدين في مال ولدهما رواية أخرى أن العتق صحيح ويكون رجوعاً وسيأتي تخريج هذا الأصل إن شاء الله تعالى، وفي التلخيص لا يكون وطؤه رجوعاً وهل يكون يمه وعتقه ونحوهما رجوعاً على وجهين ولا ينفذ عليهما لأنه لم يلاق الملك ويتخرج وجه بنفوذه لاقران الملك به كما سبق.

ومنها لو تصرف الوالد في مال ولده الذي يباح له تملكه قبل التملك لم ينفذ [انتهى] ولم يكن تملكاً على المعروف من المذهب وأن تملكه لا يحصل بدون القبض الذي يراد التملك به وقد نص عليه وأحمد في مواضع لأنه مباح فلم يملك بدون قبضه كالاصطيد والاحتشاش ولم يجر جوا في تملكه بالقبول خلافاً من الهبة ونحوها لأن الهبة عقد بين اثنين فيكتفى فيه بالقبول كمنقود المعاوضة وهنا كتسابه مال مباح من غير عقد فلا يكتفى فيه بدون القبض والحيازة ومالم يجر (١) فهو باق على ما كان عليه وخرج أبو حفص البرمكي رواية أخرى بصحة تصرفه بالعتق قبل القبض وأخذ ذلك مما رواه المروذي عنه أنه قال لو أن لابنه جارية فعتقها كان جائزاً وفي رواية محمد بن الحكم يعتق الأب من مال الابن هو ملك الابن حتى يعتق الأب أو يؤخذ وفي رواية الميموني أرى أن ماله يؤخذ منه ويعتق منه إلا أم ولد ابنه وفي توجيه هذه الرواية طريقتان:

أحدهما: أن رقيق الابن له فيه شبه ملك ولذلك نفذ استدلاؤه فينفذ عتقه كعتق أمه من المغنم لكن لا يضمن لأن الأب لا يطالب بما أنقله من مال ولده.

والثاني: أن يقال وقع الملك مقارناً للعتق فنفذ وهذا القدر من الملك يكتفى به في العتق كالو قال لغديره أعتق عبدك عني وعلى ثمنه ففعل صح ووقع العتق والملك معاً، ونقل أبو طالب عن أحمد أنه قال يبيع الأب وشرائه على ابنه جائز أقول النبي صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لأبيك وظاهر هذه الرواية جواز الإقدام على التصرف في ماله ونفوذه وحصول التصرف (٢) به وفي التنبيه لأبي بكر يبيع الأب على ابنه وعتقه وصدقته ووطء إمامته مالم يكن الابن قد وطئ، جائز ويحوز له يبع عبده وإمامته وعتقه، ولهذا القول مأخذان أيضاً:

(١) كذا بالأصول جميعها ولعلها يجر (٢) في ٧١٢: التملك

أحدهما: أن الملك يقتن بالثمن بالتصرف فينفذ كما في نظيره (١)

والثاني: أن هذا تملك قهري في مال معين فيكتفى فيه بالقول الدال على التملك كما ملك الهبة المعينة بمجرد القبول على رواية، ولهذا حتى طائفة من الأصحاب في بيع المباحات النابتة والجارية في الأرض المملوكة [قبل حيازتها] روايتين ولم يذكروا خلافا في أنها عين (٢) مملوكة ومن سلك هذا المسلك صاحب المنقح في كتاب البيع وصاحب المحرر ووجه صحة البيع على هذا أنه مقدور على تسليمه وليس مملوكا لغيره فهو كالمملوك، وهو قريب من بيع الصكك قبل استحقاقها، وقد تقدم الخلاف فيها، وأما تصرف الأب في أمة ولده بالوطء قبل القبض فإن أحبها صارت أم ولده وإن لم يحبها فإن قلنا لا يملك الأب مال ولده إلا بالقبض لم يملكها حتى يقبضها، وإن قلنا يملك بمجرد التصرف صارت ملكا له بالوطء بمجرد، ونقلت من خط القاضي وذكر أنه نقله من خط ابن شاقلا قال الشيخ يعني أبا بكر عبد العزيز، روى الأثرم أن المرأة إذا وطئها زوجها وانقضت العدة ثم تزوجت فإن أتت بولد لسته أشهر فتدعيه جميعا أرى القافة، وقال إذا وطئ الرجل جارية ابنة وإن كان الابن قد وطئ، فلا حد على الأب لأنها بنفس الوطء ملك له قال الشيخ في نفس من مسألة الأثرم شيء انتهى، فإن كان قوله إذا وطئ الرجل جارية ابنة إلى آخره من تمام رواية الأثرم فيكون ذلك منصوبا عن أحد والآخر من كلام أبي بكر، وهو موافق لما ذكره في التنبية كما حكيناه عنه، وقوله وإن كان الابن قد وطئ يريد أن يملكها بثبوت مع وطء الابن فأما ثبوت الاستيلاء فبغير خلاف في المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاما يدل بمفهومه على أنها لا تصير مستولدة له وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى والمرجح عند صاحب المغنى أنها تصير مستولدة لأن التحريم لا ينافي الاستيلاء وكالامة المشتركة ولكن بينهما فرق وهو أن هذه محرمة على التأيد بخلاف المشتركة وقد نص أحمد على أن النسب لا يلحق بوطء الأمة المزوجة وإن كان زوجها صغيرا لا يولد مثله في رواية حرب وابن جثنان وذكره أبو بكر وابن أبي موسى فلو بددت التحريم أولى هذا كله ما لم يكن الابن قد استولدها فإن كان استولدها لم ينتقل الملك فيها باستيلاء غيره كما لا ينتقل بالمقود، وذكر ابن عقيل في فتونه أنها تصير مستولدة لهما جميعا كما لو وطئ الشريك أنهما في طهر واحد وأنت ولد أخته القافة بها لكن في مسألة القافة حكم باستيلاهما (٣) [لها] دفعة واحدة وفي مسائلنا قد ثبت استيلاء الابن أولاها فلا ينتقل إلى غيره إلا أن يقال أم الولد تملك بالقهر على رواية والاستيلاء سبب قهري

ومنها تصرف السيد في مال عبده الذي ملكه إياه وقتنا يملكه، ظاهر كلام أحمد أنه ينفذ ويكون استرجاعا لضمته إياه وذكر القاضي في الجامع الكبير أنه يحتمل حمله على أنه سبق

(١) في ٧١١: نظائره (٢) في أصل غير ولعلها تصحيف والتصحيح عن د (٣) في د: باستيلاها

رجوعه التصرف لينفذ

ومنها تصرف الموصى له بالوصية بعد الموت هل يقوم مقام القبول الأظهر قيامه مقامه لأن سبب الملك قد استقر له استقراراً لا يمكن إبطاله وقد كمل بالموت على أحد الوجوه وهو منصوص عن أحمد ومثله الوقف على معين إذا قيل باشتراط قبوله فاما المقود التي تملك له موجباً الرجوع فيها قبل القبول، فهل يقوم التصرف فيها مقام القبول فيه تردد يلتفت الى انعقاد العقود بالمعاطاة فأما الوكالة (١) فيصح قبولها بالفعل صرح به الأصحاب لأنها اذن مجرد وأمر بالتصرف فيصح امتثاله بالفعل أهل يساوونها في ذلك سائر العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والمساقاة، ظاهر كلام التلخيص أو صريحة المساواة وحكي القاضي في الأحكام السلطانية في صحة قبول القاضي القضاء بشرطه في النظر احتمالين وجعل مأخذهما هل يجري الفعل مجرى النطق لدلالته عليه ويحسن بناؤه على أن ولاية القضاء عقد جائز أو لازم

ومنها المطلقة الرجعية هل تحصل رجعتها الوطء على روايتين مأخذهما عند أبي الخطاب [الخلاف في وطئها] هل هو مباح أو محرم والصحيح بناؤه على اعتبار الأشهاد للرجعية وعدده، وهو البناء المنصوص عن الإمام ولا عبرة بحل الوطء، ولا عدمه ولو وطئ في الحيض أو غيره كانت رجعة، وهل يشترط غيره أن ينوى بالوطء الترجمة أم لا، نقل ابن منصور عن أحمد اعتباره وهو اختيار ابن أبي موسى والمذهب عند القاضي ومن اتبعه خلاف ذلك، ولكن الرجعية لم يزل النكاح عنها بالكلية وإنما حصل له تشبه لكن الترجمة يترتب دائماً الاستبابة حقيقة في المدة الزائدة على العدة

(القاعدة السادسة والخمسون)

شروط العقود من أهلية العاقد أو المقود له أو عليه إذا وجدت مقترنة بها ولم تتقدم عليها هل يكتفى بها في صحتها أم لا بد من سبقها، المنصوص عن أحمد الاكتفاء بالمقارنة في الصحة وفيه وجه آخر لابد من سبق وهو اختيار ابن حامد والقاضي في الجملة وينتخرج على ذلك مسائل قد ذكرنا عدة منها في القاعدة السابقة

ومنها إذا أعتق أمته وجعل عتقها صداقاً فالمنصوص الصحة اكتفاً باقتراض شروط النكاح وهو الحرية به كما دلت عليه السنة الصحيحة واختار ابن حامد والقاضي عدم الصحة فمنهم من [جعل] مأخذه انتفاء لفظ النكاح الصريح وهو ابن حامد ومنهم من [جعل] مأخذه انتفاء تقدم الشرط ومنها لو باعه شيئاً بشرط أن يرهنه على ثمنه صح نص عليه وقال القاضي وابن حامد لا يصح لاتفاء صحة الملك للرهن ولا تكفي المقارنة

(١) في نسخة المعاطاة والتصحيح عن ٧١١

ومنها لو كاتب عبده وباعة شيئاً صفقة واحدة فقيه وجهان :
 أحدهما [أنه] يصح وقيل إنه المنصوص وذكره القاضي وابن عقيل في النكاح وأبو الخطاب
 والأكثرون اكفاء باقتران البيع وشرطه وهو كون المشتري مكاتباً يصح معاملته للسيد
 والوجه الثاني لا يصح قاله القاضي وابن عقيل في البيوع لأن الكتابة لم تسبق عقد البيع
 ومنها لو ادعى أنه وكيل لزيد وأن لزيد على فلان ألفاً وأقام العينة بالوكالة والدين في حالة
 واحدة فهل يقبل ويدفع إليه المال أم لا بد من تقدم ثبوت الوكالة على ثبوت الدين ، قال القاضي
 في خلافه يحتل وجهين والأشبه اعتبار تقدم الوكالة لأنه مالم تثبت وكالته لا يجب الدفع إليه
 واستشهد للقبول بما لو شهد أنه ابتاع من فلان داراً وهو مالك لها بأنه يصح شهادتها بالبيع
 والملك في حالة واحدة

ومنها لو قال إذا تزوجت فلانة فقد وكلتك في طلاقها فقي التلخيص قياس المذهب صحته ،
 ويتخرج وجه آخر أنه لا يصح لا اقتران الوكالة وشرطها اذ شرطها ان يكون الموكل مالكا لما
 وكل فيه وملك الطلاق يترتب على ثبوت النكاح فيقارن الوكالة
 ومنها لو وجدت الكفاءة في النكاح حال العقد بأن يقول سيد العبد بعد إيجاب النكاح
 قبلت له هذا النكاح وأعتقته فقال الشيخ تقي الدين قياس المذهب صحته قال ويتخرج فيه وجه آخر
 بمنعها فاما اقتران الحكم مع شرطه في غير عقد هل يثبت به الحكم أم لا يتخرج عليه مسائل
 منها صحة الوصية لمن ثبت أهلية ملكه بالموت كأم الولد ومدره فان السبب المستحق به هو
 الإيصال وشرط الاستحقاق هو الموت وعليه يترتب الاستحقاق ، وقد اقرن به وجود أهلية المستحق
 فيكنى في ثبوت الملك ، هذا اذا قلنا إن الوصية تملك بالموت من غير قبول ، وإن قلنا تتوقف على
 القبول وهو المشهور فان القبول يتأخر عن أهلية الاستحقاق فيصح القبول حيثئذ ولا يضر فوات
 أهليته عند الموت فانه لو قال اعتقوا [عني] عبدي وأعطوه كذا لصحت هذه الوصية

ومنها اذا وجدت الحرية عقيب موت الموروث أو معه كالموت قال لعبده إن مات أبوك فانت
 حر وكان أبوه حراً فمات أو دبر ابن عمه ثم مات فانه لا يرثه ذكره القاضي وصاحب المغني وعلمه
 بأن المانع لا يؤثر زواله حال الاستحقاق كما لا يؤثر وجوده عندنا في اسلام الطفل بموت أبويه
 قال الشيخ تقي الدين ينبغي أن يخرج على الوجهين فيما إذا حدثت الأهلية مع الحكم هل يكتفى بها
 أم يشترط تقدمها فان قلنا تكفي المقارنة ورث لأنه صار حراً وأمالكا في حالة (١) وأحدا فتبى
 ولا يقال هذا يقتضي (٢) اقتران العلة ومعلولها وهو عندكم باطل لانا نقول علة الارث وسببه
 هو النسب وهو سابق على الموت وانما الحرية شرط له

ومنها عدة أم الولد اذا توفي سيدها ، هل هي عدة حرة أو أمة وأكثر الروايات عن أحمد أنها تمتد عدة أمة ، وقال لو اعتدت عدة حرة لورثت ثم توقف في ذلك ، وقال دخلني منه شيء . وقال مرة تمتد عدة حرة اكتفاء بالحرية المقارنة لوجوب العدة ولزوم مقارنة العلة للمعلول هنا أظهر ولا يلزم لأن سبب العدة الاستفراش السابق والموت شرطها والحرية شرط للعدة بالأشهر ، ومن ههنا لم يلزم التورث لأن سيده متنف بالكلية وهو النكاح والنسب والولاء .

(القاعدة السابعة والخمسون)

اذا تقارن الحكم ووجود المنع منه ، فهل يثبت الحكم أم لا المذهب المشهور أنه لا يثبت ، وقال ابن حامد يثبت وإن تقارن الحكم ووجود المانع منه فهل يثبت الحكم معه فيه وجهان ، واختار القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول وصاحب المغني أنه لا يثبت واختار القاضي في خلافه وفي الجامع الكبير أنه يثبت وكذلك ابن عقيل في عمد الأدلة وأبو الخطاب (١) فاما اقتران الحكم والمنع منه فيندرج تحته مسائل :

منها لو قال الزوج لامرأته أنت طالق مع انقضاء عدتك ، أو قال كلما ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدين متعاقبين فانها تطلق بالأول وتنقض العدة بالثاني ، ولا تطلق به كما لا تطلق في قوله مع انقضاء عدتك . هذا المذهب المشهور وعليه أبو بكر وأبو حفص والقاضي وأصحابه والخلاف فيه مع ابن حامد وحده ، وفي الفصول يشير إلى أن مأخذ ابن حامد في مسألة الولادة القول بتقارن العلة ومعلولها فيقع (٢) الطلاق في حال الولادة قبل البيونة ولا يصح لأن البيونة معلولة للولادة فلو اقترنت العلة ومعلولها لبانت مع الولادة أيضا

ومنها لو قال أنت طالق بعد موتي لم تطلق بغير خلاف فعلمه ، ولو قال مع موتي أو موتك لم تطلق ، نص عليه في رواية منها لأن الموت سبب البيونة فلا يحكمها الطلاق ويلزم على قول ابن حامد الوقوع ههنا لأنه إذا وقع (٣) الطلاق مع الحكم بالبيونة فإيقاعه مع سبب الحكم أولى ويلزم مثل ذلك القاضي ومن تابعه على الوقوع مع سبب الانقضاء لتأخر الانقضاء عنه ولم يلتزموا ذلك ، وادعوا ههنا المقارنة دون السبق ولا يصح ولعل المانع من إيقاع الطلاق مع الموت هو عدم الفائدة فيه بخلاف إيقاعه مع البيونة في الحياة فانه يفيد التحريم أو تنصر العدد

(١) في هامش ٧١١ بعد قوله وأبو الخطاب اشارة ونصها : « والقاضي من نص أحد على أن أم الولد اذا قتلت سيدها لزمها قيمة نفسها فأوجب » (٢) في الاصل فيقطع (٣) في ٧١٢ أوقع

ومنها لوقال زوج الإمة لما أن ملكتك فانت طالق ثم ملكها لم تطلق ، قال الأصحاب وجها واحدا ، ولا يصح لأن ابن حامد يلزمه القول هنا القول بالوقوع لاقرانه بالانقاسخ ومنها لو أعتق الزوجان معا وقلنا لا خيار للمعتقة تحت الحر قبل يثبت لها الخيار ههنا على روايتين منصوبتين عن أحمد وقد اقترن هنا المقتضى وهو حريتها والمانع وهو حره فحصل الحكم بثبوت الخيار مع المنع منه فإن قيل يشكل على ما ذكرتموه مسائلتان منصوبتان عن الإمام أحمد :

أحدهما إذا قال لعبده إن بعتك فانت حر ، ثم باعه فانه يعتق على البائع من ماله نص عليه أحمد في رواية جماعة ولم ينقل عنه في ذلك خلاف فقد حكم بوقوع العتق مع وجود المانع (١) منه وهو انتقال الملك وهذا يلزم منه صحة قول ابن حامد وطرده في إثبات الأحكام مع مقارنته المنع منها ، مثل أن يقول لغير المدخول بها إن طلقتك فانت طالق ثم يطلقها فينبغي أن تطلق طلقتين ، وكذلك إن قالت إن فسخت نكاحك لعب أو نحوه فانت طالق ، وكذلك إن قال إن نالعتك فانت طالق

المسئلة الثانية إذا مات الذي وله أطفال صغار حكم بإسلام الولد وورث منه نص عليه ولم يثبت عنه خلاف ذلك حتى أن من الأصحاب من أنكر القول بعدم توريته وقال هو خلاف الإجماع ويلزم من توريته إثبات الحكم المقترون بمانه ، وهذا لا يحيد عنه والجواب أما على قول ابن حامد فهذا متجه لا بعد فيه وأما دلي قول جمهور الأصحاب فقد اختلفوا في تخرج كلام الإمام أحمد في مسألة العتق على طرق :

أحدها : أنه مبنى على قوله بأن الملك لم ينقل عن البائع في مدة الخيار ، فاما على قوله بالانتقال وهو الصحيح فلا يعتق وهذه طريقة أبي الخطاب في اتصاره وفيها ضعف فإن نصوص أحمد بالعتق هنا متكثرة ورواية بقاء الملك للبائع ربما لم تكن صريحة عن أحمد بل مستنبطة من كلامه وأما المنقول الصحيح عنه انتقال الملك

والطريق الثاني أن عتقه على البائع لثبوت الخيار له فلم تنقطع علقه عن المبيع بعد وهي طريقة القاضي وابن عقيل وأبي الخطاب وأورد عليهم أن تصرف البائع بالعتق في مدة الخيار لا ينفذ على المصوص فاجابوا بأن هذا العتق أنشأه في ملكه فلذلك نفذ في مدة الخيار بعد زوال ملكه فإن أحمد قال بنفوذ الوصية (٢) بعد الموت ، وقال في رواية ابن ماهان يعتق من مال البائع قيل لأنه خلف عن ملك قال نعم

(١) في ٧١٢ : المتع (٢) في نسختي الدار : فإن أحمد شبهه بنفوذ الوصية

والطريق الثالث أنه يعتق على البائع عقيب إيجابه وقبل قبول المشتري وهي طريقة ابن أبي موسى والسامري وصاحبى المغنى والتلخيص لأنه إنما علقه على بيعه وبيعه الصادر عنه هو الإيجاب فقط ، ولهذا يسمى بائنا والقابل مشتريا ، ويقال باع هذا واشترى هذا ، وإن كان العقد لا ينعقد بقبول المشتري لكن القبول شرط محض لانقضاء البيع وليس هو من ماهيته فإذا وجد القبول تبينا أنه عتق على البائع قبله في ملكه قبل الانتقال وفي هذه [الطريقة] أيضا نظر فإن أحمد نص دلى نفوذه بعد زوال الملك ولأن البيع المطلق إنما يتناول المنعقد لا صورة البيع المجردة

والطريق الرابع أنه يعتق على البائع في حالة انتقال الملك الى المشتري حيث يترتب على الإيجاب القبول وانتقال الملك وثبوت العتق فيتدافعان وينفذ العتق لقوته وسرايته دون انتقال الملك وهي طريقة أبي الخطاب في رموس المسائل ويشهد لها تشبيه أحمد بالمدير والوصية ولا يقال في المدير والوصية لا ينتقل الى [مال] الورثة لتعلق حق غيرهم بها لأنها تمنع ذلك على أحد الوجهين ونقول بل ينتقل اليهم المال الموصى به وهو ظاهر لتعليل أحمد في هذه المسألة فإنه قال في رواية الأثرم وقد قيل له كيف يعتق على البائع وإنما وجب العتق بعد البيع فقال لو وصى له بمائة درهم ومات يسطاها وإن كانت وجب له بعد الموت ولا ملك فهذا مثله ، ونقل عنه صالح نحو هذا المغنى أيضا وعلى هذه الطريقة فينفذ العتق مع قيام المانع له لقوته وسرايته ولا يلزم مثل ذلك في غيره من العقود

والطريق الخامس أن يعتق بعد انعقاد البيع وصحته وانتقال الملك المبيع الى المشتري ثم ينفسخ البيع بالعتق على البائع وصرح بذلك القاضى فى خلافه وابن عقيل فى عمده وصاحب المحرر ، وهو ظاهر كلام أحمد وتشبيهه بالوصية

ووجه ذلك أن العتاق لقوته ونفوذه وسرايته الى ملك الغير ينفذ ، وإن وجد أحد طريقه في ملك والآخر في غير ملك فإذا عقده في غير ملك مضافا الى وجود الملك صح ونفذ في المذهب الصحيح المشهور فكذا إذا عقده في ملك على نفوذه في غير الملك فإنه ينفذ ولهذا نقول على إحدى الروايتين لو قال يملوكي فلان حر بعد موتى يستة يعتق كما قال وإن كان ذلك بعد زوال ملكه وانتقاله عنه ، ولا يقال لا ينتقل ملكه مع قيام الوصية لأن ذلك ممنوع على ظاهر كلام أحمد كما تقدم ولا يلزم مثل هذا في غير العتق من العقود لأنها لا تسرى الى ملك الغير ولا عهد نفوذها في غيره ملك بحال ، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية وجها فيما اذا علق طلاقها على خلعها فخالعها أنه يقع الطلاق المعلق كما يقع العتق بعد البيع اللازم ، فإن كان مراده أنه يقع مع الخلع فهي مسألة ابن حامد في الوقوع مع البينة وإن أراد بعده فمشكل ، فإن الطلاق لم يبعد عندنا وقوعه في غير ملك وسلك الشيخ تقي الدين طريقة أخرى فقال إن كان المعلق للعتق قصد العتق دون التبرر بعتقه اجزأه

كفارة يمين لانه اذا باعه خرج عن ملكه فبقى كئذره ان يعتق عبد غيره فيجزئه الكفارة وان قصد به التقرب صارت عتقه مستحقاً كالنذر [فلا يصح بيعه ويكون العتق مطلقاً على صورة البيع كما] (١) لو قال لما لا يخل يمينه اذا بته فعلى عتق رقبة أو قال لأم ولده ان بعتك فانت حرة وطرد قوله هذا في تعليق الطلاق على الفسخ والخلع فجعله معلقاً على صورة الفسخ والخلع قال ولو قيل بانعقاد الفسخ والخلع المعلق عليه فلا يتمتع وقوع الطلاق معه على رأى ابن حامد حيث أوقعه مع البيئونة بانقضاء العدة فكذا بالفسخ [والله أعلم] وأما مسألة الميراث فلا ريب ان احمد نص على توريث الطفل من ابيه الكافر والحكم باسلامه بموته وخرجه من خرجه من الاصحاب كصاحب المغنى على ان المانع لم يتقدم الحكم بالارث وانما قارنه وهذا يرجع الى ثبوت الحكم مع مقارنة المانع [له] لان الاسلام سبب المنع، والمنع يترتب عليه والحكم بالتوريث سابق على المنع لاقتراانه بسببه، وأما اقتران الحكم والمانع فله صور :

منها توريث الطفل المحكوم باسلامه بموت احد ابويه الكافرين منه وقد ذكرت ومنها اذا قتلت ام الولد سيدها فانه يلزمها أقل الأمرين من قيمتها او الدية نصر عليه . قال الاصحاب سواء قلنا ان الدية تحدث على ملك الورثة ابتداء او على ملك الموروث أولاً ، لانا ان قلنا تحدث على ملك الورثة فقد اقترن الضمان بالحرية وانما لم يجب الضمان هنا بالدية مطلقاً اكتفاء بمقارنة الشرط للحكم على ما تقدم لأن الاعتبار هنا في الضمان بحالة الجناية وهي حينئذ رقيقة فلا يلزمها أكثر من ضمان جناية الرقيق ولا يمنع من ذلك مقارنة الحرية بحالة وجوب الضمان بناء على أن المانع إذا اقترن بالحكم لم يمنعه ، وان قلنا ان الدية تحدث على ملك المقتول أولاً فقد وجب له ذلك في آخر جزء من حياته ، وهي اذ ذاك الرقيقة فسبق وقت وجوب الضمان وقت الحرية ، وانما وجب الضمان هنا للسيد وان كان السيد لا يجب له الضمان على رقيقه لتعلق حق الورثة بماله في هذه الحال فصار كالواجب لها ابتداءً ، ولهذا كانوا هم المطالبين به والله أعلم ومنها اذا تزوج العادم للطول الخائف للعت في عقد حرة وأمة فهل يصح نكاح الأمة مع الحرة على وجهين

ومنها إذا قال المتزوج بأمة أيه اذا مات أبي فانت طالق ثم مات الاب فهل يقع الطلاق ، على وجهين أحدهما يقع ، وهو قول القاضى فى الجامع والخلاف وابن عقيل فى العمد واختيار أبى الخطاب لأن الموت يترتب عليه [وقوع] الطلاق والملك [والملك] سبب انفساخ النكاح فقد سبق نفوذ

الطلاق وقوع الفسخ فنفذ، والثاني لا يقع وهو قول القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول لأن الطلاق قارن المانع وهو الملك فلم ينفذ

ومنها اذا تزوج أمة ثم قال لها إن اشتريتك فانت طالق وفيه الوجهان ان قلنا ينتقل الملك مع الخيار وهو الصحيح ، وان قلنا لا ينتقل وقع الطلاق وجباً واحداً كذا ذكره أبو الخطاب وفي خلاف القاضي اذا حلف لا يبيع فباع بشرط [الخيار] هل يحتمل أن ذلك مبني على نقل الملك وعدمه فقياس قوله انه لا يقع الطلاق هنا في مدة الخيار اذا قلنا لا ينتقل الملك فيها وانكر ذلك الشيعي مجد الدين وقال يحتمل بكل حال لأن البيع قد وجد

ومنها اذا قال لامرأته التي لم يدخل بها إن كلمتك فانت طالق ثم أعاده فانها تطلق بالاعادة لأنه كلام في المشهور عند الأصحاب، وقال ابن عقيل في عمد الأدلة قياس المذهب عندي أنه لا يحتمل بهذا الكلام لأنه من جنس اليمين الأولى ومؤكدها، وإنما المقصود أذاها وهجرها واضرارها بترك كلامها وليس في هذه الاعادة ما ينافي ذلك فلا يحتمل به وهذا أقوى والتفريع على المشهور فاذا وقع الطلاق بالاعادة ثانياً فهل يتعد به يمين ثانية أم لا ، في المسألة وجهان :

أحدهما لا يتعد وهو قول القاضي في الجامع والخلاف ومن اتبعه كالقاضي يعقوب وابن عقيل وهو قياس قول صاحب المغني وله مأخذان : أحدهما وهو مأخذ القاضي ومن أتبعه ان الكلام يحصل بالشرع في الاعادة قبل اتمامها فيقع الطلاق قبل اتمام الاعادة فلا يتعد لأن تمام اليمين حصل بعد البيئته . والثاني وهو الذي ذكره صاحب المغني في نظير هذه المسألة ان الطلاق وان وقف وقوعه الى ما بعد إنها الاعادة الا أن الاعادة يترتب عليها البيئته فيقع انعقاد اليمين مع البيئته فيخرج على الخلاف في ثبوت الحكم مع المانع أو مع سببه والأصح عنده عدمه

والوجه الثاني تتعد اليمين وهو اختيار صاحب المحرر بناء على أن الطلاق يقف وقوعه على تمام الاعادة لأن الكلام المطلق إنما ينصرف الى المقيد ولا تحصل الافادة بدون ذكر جملة الشرط والجزاء فيقف الطلاق عليهما ويقع عقبيهما لأنهما شرط لوقوعه وأما اليمين فوجدت مع شرط الطلاق فسبقت وقوعه . يوضحه أن اليمين هي اللفظ المجرد وهو المعلق عليه الطلاق فاذا قال ان كلمتك فانت طالق فهو في معنى قوله ان حلفت يميناً بطلاقك على كلامك فانت طالق فتبين أن وجود اليمين سابقة لوقوع الطلاق

ومنها اذا قال لامرأته واحداً غير مدخول بها ان حلفت بطلاقكما فانتما طالقتان ثم قاله ثانياً فانهما يطلقان طلاقة [طلاقة] على المذهب المشهور وانعقدت اليمين مرة ثانية في حق المدخول بها وأما في حق التي لم يدخل بها ففي انعقادها وجهان احدهما أنها تتعد وهو قول أبي الخطاب وصاحب المحرر ومقتضى ما ذكره القاضي وابن عقيل في المسألة التي قبلها لأن اليمين سبب البيئته

ووجدت مع شرط الطلاق لامع وقوع الطلاق والثاني لا يتعقد وهو اختيار صاحب المغنى غير أنه وقع في التسخيخ خلل في تعليقه؛ ووجهه أن اليمين وإن وجدت مع شرط الطلاق لكن انعقادها مفارق (١) لوقوع الطلاق فلم يتعقد لا قرانه بما يمنعه، فإن أعاده ثالثا قبل أن يحدد نكاح البائن لم تطلق واحدة منهما على الزوجين لأن الحلف بطلاق البائن لا يمكن فإن عاد وتزوج البائن ثم حلف بطلاقها وحدها فعلى الوجه الثاني لا تطلق لأن اليمين الثانية لم تنعقد بحلفها وتطلق الأخرى طلاقا لوجود الحلف بطلاقها قبل نكاح الثانية والحلف بطلاق الثانية بعد نكاحها (٢) فكمل الشرط في حق الأولى، وعلى الوجه الأول تطلق كل واحدة منهما طلاقا طلاقا لأن الصفة الثانية منعقدة في حقهما جميعا كذا ذكره الأصحاب وأورد عليه أن طلاق كل واحدة منهما ملحق بشرط الحلف بطلاقها مع طلاق الأخرى فكل واحد من الحلفين جزء علة لطلاق كل واحدة منهما، فكما أنه لا بد من الحلف بطلاقها في زمن يكون فيه أهلا لوقوع الطلاق كذلك الحلف بطلاق ضررتها لأنه جزء علة لطلاق نفسها ومن تمام شرطه فكيف يقع بهذه التي جدد نكاحها الطلاق وإنما حلف بطلاق ضررتها وهي بائن وأجيب عنه بأن وجود الصفة كلها في النكاح لا حاجة إليه، ويكفى وجود آخرها فيه فيقع الطلاق عقبيه، وذكر صاحب المحرر في تعليقه على الهداية أن هذا هو المذهب سواء قلنا يكفى في الحنث وجود بعض الصفة أم لا، نعم إن قلنا يكفى وجود بعضها وقد وجد حال البينة أنبى على أن الخلاف في حل اليمين بالصفة الموجودة حال البينة انتهى، وعندى أن هذا قد يتخرج على خلاف المتأخرين (٣) فإن اليمين لا تنحل بوجود الصفة حال البينة فإن قلنا أنها مستثناة من عموم كلامه بقرينة الحال فوجود بعضها حال البينة لا عبرة له أيضا كوجود جميعها، وإن قلنا إن اليمين لا تنحل بدون الحنث فيها اكتفى بوجود آخرها في النكاح لا مكان الحنث فيه على أن الاكتفاء بوجود بعض الصفة حال البينة وبعضها في النكاح مع قولنا لا يكفى بوجود بعض الصفة في الطلاق وقولنا إن الصفة الموجودة حال البينة لا تنحل بها اليمين لا ينحلو عن [شكال] ونظر] والله أعلم

ومنها إذا اشترى مريض أباه بثمن لا يملك غيره وهو تسعة دنانير وقيمة الأب ستة قد حصل منها عطينتان، من عطايا المريض محابة البائع بثلك المال وعنتى الأب إذا قلنا إن عتقه من الثلث وفيه وجهان:

أحدهما وهو قول القاضى في المحرر وابن عقيل في الفصول يتحصان لأن ملك المريض لأبيه مقارن، لملك المشتري لثمنه وفي كل منهما عطية منجزة فتحصا لتقارنهما والثاني أنه تفذ المحابة ولا يمتق الأب وهو اختيار صاحب المحرر لأن المحابة سابقة لعتق الأب فإن ملك المشتري الثمن

(١) في ٧١٤: هـ تمارن ولعله الصواب (٢) في الأصل: بعد طلاقها (٣) في ٧١١: في المذهبين

الذي وقعت المحابة فيه وقع مقارنا لملك الأب ، وحقته يترتب على ملكه ولم يقارنه فقد قارنت المحابة شرط عتق الأب لاعتقه فنفذت كسبقها

ومنها لو أصدقها مائة درهم ثم طلقها قبل الدخول على خمسين من المهر فهل تستحق جميع المهر أو ثلاثة أرباعه على وجهين : أحدهما تستحقه كله لأنه استحق عوضاً عن الطلاق خمسين ورجع إليه بالطلاق قبل الدخول النصف الباقي والثاني تستحق ثلاثة أرباعه لأن الطلاق يتنصف به المهر ويصير مشاعاً بين الزوجين فلا يستحق من الخمسين المخالم بها إلا نصفها ، فلا يسلم للزوج عوضاً عن طلاقه إلا نصف الخمسين ويرجع إليه بالطلاق النصف ومن نصر الوجه الأول قال تنصف المهر يترتب على الخلع لا يفارقه (١) فقد ملك الخمسين كلها قبل التنصيف ، لكن ملكها لما قارن سبب التنصيف وهو البينة فهذا مأخذ الوجهين ، وللسألة مأخذ آخر على تقدير التنصيف قبل الملك وهو أن يخالفها لخمسين من المهر مع عليها بأن المهر يتنصف بالمخالفة هل ينزل على خمسين مبهمه منه أو على الخمسين التي يستمر لها بالطلاق وفي المسألة وجهان وعليهما ينزل الوجهان فيما إذا باع أحد الشريكين نصف السلعة المشتركة دل ينزل (٢) البيع على نصف مشاع وانما له فيه نصفه وهو الربع أو على النصف الذي يخصه بملكه وكذلك في الوصية وغيرها واختيار القاضي أنه ينزل على النصف الذي يخصه كله بخلاف ما إذا قال له أشر كنتك في نصفه وهو لا يملك سوى النصف فانه يستحق منه الربع لأن الشركة تقتضي التساوي في المالكين بخلاف البيع والمتصور عن أحد في رواية ابن منصور أنه لا يصح بيع النصف حتى يقول نصيبى فإن أطلق تنزل على الربع

ومنها إذا تزوج في مرض الموت بمهر يزيد على مهر المثل ففي المحابة روايتان أحدهما أنها موقوفة على إجازة الورثة لأنها عطية الوارث والثانية تنفذ من الثلث نقلها المروذي والأثرم وصالح وابن منصور والفضل بن زياد ويحتمل أن يكون مأخذه أن الارث المقارن للعطية لا يعمق فذها ويحتمل أن يقال إن الزوجة ملكها في حال مالك الزوج البضع وثبوت الارث مترتب على ذلك وكذلك نص في رواية أبي طالب فيمن أقر لزوجته في مرضه بمهر يزيد على مهر المثل أن الزيادة تكون من الثلث ووجه القاضي بما ذكرناه من الترتيب لأن الاقرار تبين به أن الاستحقاق كان بالمقد وهذا كله يرجع إلى أن العطية والوصية لمن يصير وارثاً يعتبر من الثلث وهو خلاف المذهب المعروف لكن قد يفرق بين أن يكون الوارث نسبياً أو زوجاً كما فرق القاضي في كتاب الوصايا من خلافه بينهما في مسألة الاقرار لأن النسب سبب إرثه قائم حال الوصية بخلاف أحد الزوجين وفيما ذكره القاضي في توجيه رواية أبي طالب نظر فإن أحمد لو اعتبر حاله المقد لما جعله من

(١) في ٧١١ : يقارنه (٢) في ٧١١ . ينزل

الثالث ، وأما يتخرج من هذه الرواية رواية عنه بأن إقرار المريض لوارثه معتبر من الثالث والله أعلم

(القاعدة الثامنة والخمسون)

من تعلق به الامتناع من فعل هو متلبس به فيأدر إلى الاقلاع عنه ، هل يكون اقلاعه فعلا للمنع منه أو تركا له فلا يترتب عليه شيء من أحكامه هذا [عدة أنواع :

أحدها ألا يتعلق به حكم الامتناع بالكلية الا وهو متلبس به فلا يكون نزع فعله للمنع منه فمن ذلك اذا حلف لا يلبس ثوبا وهو لابس ، أولا يركب دابة وهو راكبها ، أو لا يدخل دارا وهو فيها ، وقتلنا إن الاستدانة كالاتداء في جميع هذه الأفعال تلغى التوب ونزل عن الدابة وخرج من الدار في أول أوقات الامكان ، فإنه لا يبحث لأن السمين تقتضي الكف في المستقبل دون الماضي والحال فيتعلق الحكم بأول أوقات الامكان ، ومنه ما اذا أحرم وعليه قميص فإنه ينزعه في الحال ولا فدية عليه ، لأن محظورات الاحرام إنما تترتب على المحرم لا على المحل ولا يقال أنه باقدامه على انشاء الاحرام وهو متلبس بمحظوراته منتسب الى مصاحبة اللبس في الاحرام كما لا يقال مثل ذلك في الحالف والناذر فإنه كان يمكنه أن لا يحلف ولا ينذر حتى يترك التلبس بما يحلف عليه ، ومنه ما اذا فعل فعلا محرما جاهلا أو ناسيا ثم ذكر فإنه يجب عليه قطعه في الحال ولا يترتب عليه أحكام المتعمد (١) له

النوع الثاني أن يمنعه الشارع من الفعل في وقت معين ويعلم بالمنع ولكن لا يستقر (٢) بوقت المنع حتى يتلبس بالفعل فيقلع عنه في الحال فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين :

أحدهما أنه لا يترتب عليه حكم الفعل المنهى عنه بل يكون اقلاعه تركا للفعل لأن ابتداءه كان مباحا حيث وقع قبل وقت التحريم ، وهو اختيار أبي حفص العكبري .

والثاني أنه يكون حكمه حكم الفاعل بتركه لا قدامه على الفعل مع علمه بتحريمه في وقته لاسيا مع قرب الوقت [وهذا ظاهر المذهب] ومن صور المسألة ما اذا جامع في ليل رمضان فادركه الفجر وهو جامع فنزع في الحال فالمذهب أنه يفطر بذلك وفي الكفارة روايتان واختار أبو حفص أنه لا يفطر ولا خلاف في أنه لا ياتم اذا كان حال الابتداء متيقنا لبقاء الليل وبينى بعض الأصحاب المسألة على أصل آخر وهو أن النزع هل هو جزء من الجماع اوليس من الجماع وحكى في المسألة روايتين واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يفطر بالنزع في هذه الحالة ولا بالأكل ولا بغيره بناء على أنه إنما يتعلق به حكم وجوب الامساك عن المفطرات بعد العلم بطلوع الفجر فلا يكون الواقع منها في حالة

الطلوع محرماً البتة كما قلنا في محظورات الاحرام انها انما تثبت بعد التلبس به، وقد روى عن أحمد ما يدل على ذلك فانه قال اذا شك في طلوع الفجر فانه يأكل حتى لا يشك أنه طلع وفي المسألة أساديث وآثار كثيرة تدل على ذلك والله أعلم

ومنها اذا وطئ امرأته لحاضت في أثناء الوطء فتزعم هل يلزمه الكفارة اذا قلنا يلزم المعدور فن الاصحاب من خرجها على النزح هل هو جماع أم ترك للجماع، ومنهم من خرجها على مسألة الصوم والأظهر أنه إن كان يعلم بمقتضى المادة قرب وقت حيضها ثم وطئ وهو يخشى مفاجأة الحيض هو شبهة بمسألة الصوم والا فلا كفارة لأنه انما تعلق به المنع بعد وجود الحيض وقد ترك الوطء حيثئذ وكذلك ينبغي أن يقال في الواطئ في ليل الصيام انه إن ظن بقاء الليل وأنه في مهلة منه لم يفطر وان خشي مفاجأة الفجر أفطر لأنه أقدم على مكروه أو محرم ابتداء

النوع الثالث أن يعلم قبل الشروع في فعل أنه اذا شرع فيه ترتب عليه تحريره وهو متلبس به، فهل يباح له الاقدام على ذلك الفعل لأن التحريم لم يثبت حيثئذ أم لا يباح لأنه يعلم أن اتامه يقع حراماً فيه لأصحابنا قولان، ومثال ذلك: أن يقول لزوجه إن وطئتك فانت طالق ثلاثاً أو فانت على كذا ظهر أمي ومثل أن يعلم أنه متى أوج في هذا الوقت طلع عليه الفجر وهو وجب على الاصحاب في مسألة الطلاق والظهار روايتين بنوعهما على أن النوع هل هو جماع أو ليس بجماع ورجح صاحب المغني التحريم في مسألة الطلاق والظهار على كلا القولين لأنه استمتاع بأجنبية وهو حرام ولو كان لمس يد المرأة فليس بالفرج بالفرج أولى بخلاف الصائم فانه لا يفطر الا بالوطء ويمكن منع كون النوع وطئاً قال فان قيل هذا انما يحصل ضرورة ترك الوطء الحرام قلنا فاذا لم يمكن الوطء لا بفعل محرم ضرورة وهو ترك الحرام كما لو اخلط لحم الخنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله الا بأكل لحم الخنزير أو اشتبهت ميتة بمذكاة فان الجميع محرم انتهى، وليس هذا مطابقاً لمسألتنا فان ابتداء الوطء هنا منفرد عن الحرام متميز عنه لم يشبهه بحرام أو لم يختلط به، فاذا انضم الى ذلك أن النزح ترك للحرام لم يبق هنا حرام، وأيضاً فان النزح هنا مقارن بينونة فيمكن النزح في تحريره كما وقع النزح في ترتب أحكام الزوجية معه وأما الايلاج فمقارن لشرط بينونة فان قيل إن المقارن للشرط كالمقارن للشرط على ما سبق تقريره في القاعدة التي قبلها توجه تحريره أيضاً والا فلا، وأيضاً فمن يقول النزح جزء من الجماع وان الجماع عبارة عن الايلاج والنزح يلزم أن الطلاق والظهار انما يقعان بعد النزح لا قبله فلا يحصل النزح في أجنبية ولا مظاهر منها ولا يقال يلزم على هذا أن لا يفطر الصائم بالايلاج قبل غروب الشمس اذا نزح بعده لأن مفطرات

الصائم لم تنحصر في الجماع وحده بل تحصل بأمر متعددة فيجوز أن يحصل بأحد جزأى (١) الجماع كما يحصل بالانزال بالمباشرة ونحوه بخلاف الأحكام المترتبة على مسمى الوطء فانها لا تثبت الا بعدم تمام مسمى الوطء

النوع الرابع أن يعتمد الشروع في فعل محرم عالما بتحريمه ثم يرد تركه والخروج منه وهو متلبس به فيشرع في التخلص منه بمباشرة أيضا ، كمن توسط داراً منصوبة ثم تاب وندم وأخذ في الخروج منها ، أو طيب المحرم بدنه عامداً ثم تاب، وشرع في غسله يده قصداً لآزالته ، أو غصب عينا ثم ندم وشرع في حملها على رأسه الى صاحبها، وما أشبه ذلك . والكلام هنا في مقامين أحدهما : هل تصح التوبة في هذه الحال ويذول الأثم بمجرد ما ، أم لا يزول حتى يفصل عن ملابسة الفعل بالكليّة ، وفيه لأصحابنا وجهان :

أحدهما وهو قول ابن عقيل أن توبته صحيحة ويذول عنه الأثم بمجرد ما ويكون تخلّصه من الفعل طاعة وإن كان ملابساً له لانه مأمور به فلا يكون معصية ، ولا يقال من شرط التوبة الإقلاع ولم يوجد لأن هذا هو الإقلاع بعينه وأيضا فالإقلاع إنما يشترط مع القدرة عليه دون العجز ، كما لو تاب الناصب وهو محبوس في الدار المنصوبة أو توسط جمعا من الجرحى متعمدا ثم تاب وقد علم أنه إن أقام قتل من هو عليه وإن اتقى قتل غيره لكن هذا من محل النزاع أيضا والوجه الثاني وهو قول أبي الخطاب أن حركات الناصب ونحوه في جروحه ليست طاعة ولا مأمورا بها بل هي معصية ولكنه يفعلها لدفع أكبر المصيتين بأقلهما وأبو الخطاب وإن قال ليست طاعة هو يقول لا إثم فيها بل يقول بوجوبها وهو معنى الطاعة وخرج بعض الأصحاب الخلاف في هذه المسألة على جواز الخلاف في الإقدام على الوطء في مسائل النوع الثالث فإن قيل يجوز له أن يكون الترك امتثالا من كل وجه فلا يكون معصية وإن قيل بتحريمه لزم تحريم الترك هنا وقد يفرق بالتحريم ثم طار وهنا مستصحب من الابتداء فلا يلزم من الجواز ثم الجواز هنا ، ويلزم من التحريم هناك التحريم هنا بطريق الأولى . والمقام الثاني في الأحكام المترتبة على هذا الأصل وهي كثيرة فمنها غسل الطيب بيده للمحرم يجوز لأن ترك الطيب لا فعل له ذكره الأصحاب واستدلوا بحديث الذي أحرم وهو متضمن غيب فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يغسله عنه ، ولكن هذا كان جاهلا بالحكم فهو كمن تطيب بعد إحرامه ناسيا فانه يغسله بغير خلاف وخص كثير من الأصحاب كالقاضي وغيره الحكم بالناسي وهو مشعر بان العائد بخلافه وهو متخرج على الخلاف السابق في كونه معصية ، والصحيح التعميم لأن مباشرة الفعل إنما جازت ضرورة الخروج منه والمحرم لا ضرورة له بالغسل بيده ، فلذا أذن الشارع فيه دل على أن مباشرة

الطيب لقصد ازائه ومعالجته غير ممنوع

ومنها اذا تمعد المأموم سبق إمامه في ركوع أو سجود وقلنا لا تبطل صلاته بمجرد تمعد سبق، فهل يجب عليه العود إلى متابعتة الإمام أم لا، أطلق كثير من الأصحاب وجوب العود من غير تفريق بين العامد وغيره، كما وردت روايات عن الصحابة عمر وابنه وابن مسعود رضي الله عنهم وفرق صاحب المحرر بين العامد وغيره وقال: متى عاد العامد بطلت صلاته لأنه قد تمعد زيادة ركن كامل عمدا وإنما يعود الساهي والجاهل، وقد يقال إن عود العامد يتخرج على أن العود إنما هو قطع للفعل المنتهى عنه الذي ارتكبه ورجوع عنه إلى متابعة الإمام الواجبة فلا يكون منتهياً عنه بل مأثور به كالخروج من الدار المنصورة ونحوها على ما سبق وقد يفرق بأن حقيقة السجود وضع الاعتناء المخصوصة على الأرض فاذا زيد هذا المقدار عمدا بطلت به الصلاة وأما الهوى إليه والرفع منه فليس من ماهيته وإنما هما حدان له فلا أثر لنسبة قطعهما بالرفع فإن الرفع ليس منه وإنما هو غاية له وفصل بينه وبين غيره ومأمضى منه ووجد لا يمكن رفعه، وهو سجود تام فتبطل الصلاة بزيادته عمداً، وهذا قد يلزم منه أن السبق للركن عمدا يبطل الصلاة وقد قيل إنه المنصوص عن أحمد، وعلى الوجه الآخر فيقال لما لحقه الإمام في هذا الركن واجتمع معه فيه اكتفى بذلك في المتابعة

﴿ القاعدة التاسعة والخمسون ﴾

المعقود لا ترد إلا على موجود بالفعل أو بالقوة، وأما الفسوخ فترد على المدوم حكماً واختياراً على الصحيح وقد دل عليه حديث المصراة حيث أوجب الشارع رد صاع التمر عوضاً عن اللبن بعد تلفه وهو مما ورد العقد عليه فدل على أنه حكم بفسخ العقد فيه ورد عوضه مع أصله والرجوع بالتمن كاملاً فأما الانفساخ الحكمي بالتلف فموضع:

منها اذا تلف المبيع المبهم قبل قبضه انفسخ العقد فيه وفي عوضه سواء كان ثمناً أو شئناً. ومنها اذا تلفت الثمار المشتراة في رؤس النخل قبل جدها بجائحة فإن العقد يفسخ فيها. ومنها إذا تلفت العين المستأجرة قبل مضي مدة الاجارة انفسخ العقد فيها بقي منها وأما الفسخ الاختياري فكثير، ومن مسأله اذا تلف المبيع في مدة الخيار هل يسقط الخيار أم لا يسقط، وللبائع الفسخ فيرجع بعوضه ويرد الثمن على روايتين معروفتين ونقل أبو طالب عنه أن اعتقه المشتري أو تلف عنه فلبائع الثمن وإن باعه ولم يمكنه رده فله القيمة [ففرق بين التلف الحسي والحكمي وبين التفويت مع بقاء العين فأجاز الفسخ (١)] مع بقائها لا مكان الرجوع بخلاف التلف وأيضاً

فصرفه في المبيع (١) في مدة الخيار جناية حالها بين البائع والرجوع في ماله فيملك أن يفسخ ويضمنه القيمة للحيلولة وإلى هذا المأخذ أشار أحمد رحمه الله

ومنها إذا اختلف المتبايعان في الثمن بعد تلف المبيع وفيه روايتان : أحدهما يتخالفان ويقسخ البيع ويفرم المشتري القيمة، والثانية القول قول المشتري مع يمينه في قدر الثمن ولا فسخ اختارها أبو بكر

ومنها إذا تباعا جارية بعدد أو ثوب ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً وقد تلف الآخر فانه يرد ما بيده ويقسخ العقد ويرجع بقيمة التالف نص عليه أحمد في رواية حنبل وابن منصور ولم يذكر الأصحاب فيه خلافاً لأن هنا عين باقية يمكن الفسخ فيها فيقع الفسخ في التالف تبعاً كما لو كان الثمن نقداً معيناً وقد تلف فانه لا خلاف أنه يرد الساعة بالعيب ويأخذ بدل الثمن

ومنها إذا تلف بعض المبيع المغيب وأراد رده فهل يجوز رد الموجود مع قيمة المفقود ويأخذ الثمن ظاهر كلام القاضي في خلافه في المسألة التي قبلها بجوازه لأن الفسخ في المفقود هنا تابع للفسخ في الموجود ، وخرجه صاحب التلخيص على روايتين فيما إذا اشترى شيئاً فبان معيباً وقد تعيب عنده فانه يرد على إحدى الروايتين ويرد معها أرش العيب الحادث عنده منسوباً من قيمته لا من ثمنه فورد الفسخ هنا على المفقود تبعاً للوجود واعتذر ابن عقيل عن ضمانه بالقيمة فانه لما فسخ العقد صار المبيع في يده كالمقبوض على وجه السوم لأنه قبض بحكم عقد فذلك ضمن بالقيمة وهذا رجوع إلى أن الفسخ رفع للعقد من أصله وهو ضعيف، ومقتضى هذا أن الأصل ضمانه بجزء من الثمن وهو مقتضى ما ذكره القاضي وابن عقيل في مسائل التفليس لأن كل جزء من المبيع مقابل لجزء من الثمن فإذا لم يمكن رد المبيع كله رد الموجود منه بقسطه من الثمن كما في تفريق الصفقة وهذا خلاف أرش العيب الذي يأخذه المشتري من البائع فانه يأخذه منسوباً من الثمن واختلف الأصحاب فيه فمنهم من يقول هو فسخ للعقد في مقدار السب ورجوع بقسطه من الثمن ، وعلى هذا فالفسخ ورد على معدوم مستحق التسليم وهذا في المشتري في الذمة كالمسلم ظاهراً لأنه كان يستحقه سلمياً فاما في المعين فلم يقع العقد على غير عينه فلا يمكن أن يكون الأرض فسخاً إلا أن يكون (٢) إطلاق العقد على العين يقتضى سلامتها وكأنها موصوفة بصفة السلامة وقد فانت ومنهم من يقول بل هو عوض عن الجزء الفاتت . وعلى هذا فهل هو عوض عن الجزء نفسه أو عن قيمته ذهب القاضي في خلافه إلى أنه عوض عن القيمة وذهب ابن عقيل في فتونه وابن المني (٣) إلى أنه عوض عن العين

(١) في ٧١١ : بالبيع (٢) في ٧١٢ يقال (٣) كذا في الأصل وقد ضبط بفتح النون والياء المشددة

عنها بما شاء وإن قلنا القيمة لم يجوز أن يصلح عنها بأكثر منها من جنسها، ومنهم من قال هو اسقاط
لجزء من الثمن في مقابلة الجزء الفائت الذي تعذر تسليمه لأعلى وجه الفسخ لأن الفسخ لا يقابل
الفائت وينبئ على ذلك جواز المصالحة عنه بأكثر من قيمته، فإن قلنا المضمون العين فله المصالحة
الصحة والسلامة وإنما يقابل الأجزاء المشاعة فإذا عقد على عين موصوفة وفات بعض صفاتها
رجع بما قابله من الثمن من غير فسخ وكل من هذه الأقوال الثلاثة قاله القاضى فى موضع من
خلافه وينبئ على الخلاف فى أن الأرض فسخ أو اسقاط لجزء من الثمن أو معاوضته أنه إن كان
فسخاً أو اسقاطاً لم يرجع إلا بقدره من الثمن ويستحق جزءاً من عين الثمن مع بقاءه بخلاف
ما إذا قلنا هو معاوضة وأما إن أسقط المشتري خيار الرد بعوض بذله له البائع وقبله فانه يجوز
على حسب ما يتفقان عليه وليس من الأرض فى شيء ذكره القاضى وابن عقيل فى الشفعة ونص
أحمد على مثله فى النكاح فى خيار المعتقة تحت عبد

ومنها إذا تلفت العين المعينة كلها فهل يملك المشتري الفسخ ورد بدلها أم لا، الذى عليه
الاكثرون أنه لا يملك ذلك وأشار إليه أحمد فى رواية ابن منصور قالوا لأن الرديستدى مردوداً
ولا مردود إلا مع بقاء العين وظلامته تستدرك بالأرض وهو ضعيف لأن البديل يقوم مقام
العين وخرج القاضى فى خلافه جواز ذلك من رد المشتري أرض العيب الحادث عنده كما تقدم
وذكر أنه قياس المذهب وتابعه عليه أبو الخطاب فى انتصاره، وجزم بذلك ابن عقيل فى الفصول
من غير خلاف حكاه

ومنها إذا اشترى ربواً بجنسه فإن معينا ثم تلف قبل رده فانه يملك الفسخ ويرد بدله
ويأخذ لانه لا يجوز له أخذ الأرض على الصحيح بمحذور الربا فتعين الفسخ

ومنها الاقالة هل تصح بعد تلف العين قال القاضى مرة لا تصح لأنها عقد يقف على
الرضا من الجانبين فهى كالبيع بخلاف الرد بالعيب ثم قال فى موضع آخر قياس المذهب صحتها
بعد التلف إذا قلنا هى فسخ وتابعه أبو الخطاب فى الانتصار وابن عقيل فى نظرياته وحكى صاحب
التلخيص فيها وجبين بخلاف الرد بالعيب وفرق بأن الرد يستدعى مردوداً بخلاف الفسخ وهو
ضعيف فإن الرد فسخ أيضاً والاقالة تستدعى مقالفيه ولكن البديل يقوم مقام البديل هنا للضرورة
ومنها الشركة فى البيع وهى نوع منها وحقيقتها أن يشتري رجل شيئاً فيقول لآخر
اشركتلك فى نصفه أو جزء مشاع منه فيقبل فيصح ذلك ويكون تملكاً منجزاً بعوض فى الذمة
وموضوع هذا العقد أنه إن ربح المال المشترك فيه فالربح بينهما ويتقاسمان بالثمن ويصير المشتري
شريكة فى الربح يأخذ حصته منه وإن تلف المال أو خسر انفسخت الشركة فيكون الخسران
أو التلف على المشتري فيقدر انفساخ الشركة حكماً فى آخره من الملك قبل بيعه بخسارة أو تلفه

ولأنما يحكم بالانفساخ بعد التلف والخسران فيكون هذا العقد مفيداً للشركة في الربح خاصة ويكون فسخه معلقاً على شرط ويكتفى بذلك بمسمى الشركة من غير حاجة الى شرط لفظي وقد نص أحمد على جواز هذا في رواية جماعة منهم الأثرم ومهنا وأحمد بن القاسم وسندی وأبو طالب وأحمد ابن سعيد وابن منصور وغيرهم ونقل مثل ذلك عن شريح والشعبي صريحاً وسئل أحمد هل يدخل هذا في ربح مالم يضمن فقال هو مثل المضارب يأخذ الربح ولا ضمان عليه وقد أشكل توجيه كلام أحمد على القاضي فحمله على محامل بعيدة جداً وحمله ابن أبي موسى على ظاهره وتبعه الشيرازي إلا أنه خرج وجهاً آخر ان الوضعية عليهما كالربح

(القاعدة الستون)

التفاسخ في العقود الجائزة متى تضمن ضرراً على أحد المتعاقدين أو غيرهما من له تعلق بالعقد لم يجوز ولم ينفذ إلا أن يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه فيجوز على ذلك الوجه. فمن ذلك الموصى اليه أطلق كثير من الأصحاب أنه له الرد بعد القبول في حياة الموصى وبهذه وقيد ذلك صاحب المحرر بما اذا وجد حاكماً لثلاث ضيع استنادها فيقع الضرر واخذها من رواية حنبل عن احمد في الوصى يدفع الوصية الى الحاكم فيرد منها قال ان كان حاكماً فنعيم وحكي رواية أخرى انه لا يملك الرد بعد الموت بحال ولا قبله ان لم يعلمه بذلك لما فيه من التفرير به وحكى ابن أبي موسى رواية انه ليس له الرد بحال اذا قبلها ومن الأصحاب من حملها على ما بعد الموت وحكاهما القاضي في خلافه صريحاً في الحالين

ومنها لو كيل في بيع الرهن اذا عزل الراهن يصح عزله على المنصوص لأن الحاكم يأمره بالبيع ويبيع عليه وخرج ابن أبي موسى وجهاً آخر أنه لا ينزل لأن فيه تغيراً للرتبتين ويتخرج وجه ثالث بالفرق بين ان يوجد حاكم يأمر بالبيع أولاً من مسألة الوصية

ومنها انه يجوز فسخ عقد الجعالة لكن يستحق العامل اجرة المثل لبطلان المسمى بالفسخ فاذا عمل به احد مستنداً اليه استحق اجرة المثل كما لو سمي له تسمية فاسدة ويتخرج أن يستحق في جعل الرد الا بيق المسمى بالشروع لان المستحق بالاطلاق وقد صار وجود التسمية كالمعدم

ومنها اذا فسخ المالك عقد المساقاة وقتلنا هي جائزة فان كان بعد ظهور الثمرة فنصيب العامل فيها ثابت لانه بملكه بالظهور روايه واحدة لأن حصة المساقى ليست وقاية للبال بخلاف المضارب وكذلك لو فسخ العامل بعد الظهور وأما ان كان الفسخ قبل الظهور فان كان من العامل فلا شيء له لاعراضه وان كان من المالك فعليه اجرة المثل للعامل لانه منعه من اتمام عقد يقضى الى حصول

المسمى له غالباً فزومه ضيانه وأيضاً فإن ظهور الثمرة بعد الفسخ لعمل العامل فيها اثر بالقيام عليها وخدمتها فلا يذهب عمله مجاناً وقد أثر في حصول المقصود ويتوجه على قول ابن عقيل في المضارب ان ينفسخ العقد بالنسبة الى المالك دون العامل فيستحق من الثمرة المسمى له

ومنها اذا زارع رجلاً على أرضه ثم فسخ المزارعة قبل ظهور الزرع او قبل البذر وبعد الحرث قال ابن منصور في مسائله قلت لاحد : الاكاريد أن يخرج من الأرض فيبيع الزرع قال لا يجوز حتى يبدو صلاحه قلت فيبيع عمل يديه وما عمل في الأرض وليس فيها زرع قال لم يجب له شيء بعد انما يجب بعد التمام قال ابن منصور يقول يجب له بعد ما يبلغ الزرع لما اشترط عليه أن يعمل حتى يفرغ فاما ان يكون يذهب عمله يديه وما أفنق في الأرض فلا وذلك أنه إذا أخرجه صاحبه أخرج باذنه فإذا خرج من ذات نفسه فليس له شيء انتهى فحمل ابن منصور قول احمد انه لا شيء له على ما إذا خرج بنفسه لأنه معرض عما يستحقه من الأرض بخلاف ما إذا أخرجه المالك أخرج باذنه وظاهر كلامه أنه يجب له أجره عمله يديه وما أفنق على الأرض من ماله مع ان كلام أحمد قد يحمل على أنه أراد أنه لا يبيع آثار عمله لأنها ليست أعياناً وهذا لا يدل على أنه لاحق له فيها بالكلية ولهذا نقول في آثار الغاصب أنه يكون شريكاً بها على أحد القولين والمفلس ونحوه لاختلاف فيه مع ان القاضي قال في الأحكام السلطانية قياس المذهب جواز بيع العمارة التي هي الاثارة ويكون شريكاً في الأرض بعمارته وأقضى الشيخ تقي الدين فيمن زارع رجلاً على مزرعة بستانه ثم أجراها هل تبطل المزارعة انه ان زارعه مزارعة لازمة لم تبطل بالاجارة وان لم تكن لازمة أعطى الفلاح أجره عمله وافق أيضاً في رجل زرع أرضاً وكانت بواراً وحرثها فهل له اذا خرج منها فلاحه أنه ان كان له في الأرض فلاحه لم يتففع بها فله قيمتها على من انتفع بها فان كان المالك انتفع بها واخذ عوضاً عنها من المستأجرة ففضائها عليه وان اخذ الاجرة عن الأرض وحدها فضئان الفلاحه على المستأجر المنتفع بها ونص احمد في رواية صالح فيمن استأجر أرضاً معلومة وشرط عليه ان يردھا مفلوحة بما أخذھا ان له ان يردھا عليه كما شرط ويتخرج مثل ذلك في المزارعة

ومنها المضاربة تنفسخ بفسخ المالك لها ولو كان المال عرضاً ولكن للمضارب يعمه بعد الفسخ لتعلق حقه برميحه ذكره القاضي في خلافه وهو ظاهر كلام احمد في رواية الشيخ ابن منصور وذكر القاضي في المجرى وابن عقيل في باب الشركة ان المضارب لا ينزل مادام عرضاً بل يملك التصرف حتى ينضّر رأس المال وليس للمالك عزله ان هذا ظاهر كلام احمد في رواية حنبل وذكرنا في المضاربة أنه ينزل بالنسبة الى الشراء دون البيع وحمل صاحب المغني مطلق كلامهما في الشركة على هذا التقيد ومعناه ان المضارب بعد الفسخ يملك تنضيض المال وليس للمالك منعه من ذلك اذا كان فيه ربح لكن ابن عقيل صرح في موضع آخر بان العامل لا يملك الفسخ حتى ينضّر رأس المال مراعاة لخلق

مالكه ثم قال ابن عقيل اذا قصد المالك بعزله الحيلة لاقطاع الربح مثل ان يشتري متاعا يرجوه الربح في موسم فينتسخ قبله ليقومه بسعر يومه وياخذ لم ينسخ في حق المضارب في الربح واذا جاء الموسم أخذ حصته منه فجعل العقد باقياً بالنسبة الى استحقاق نصيبه من الربح الذي أراد المالك اسقاطه بعد انعقاد سببه بعمل المضارب فهو كالفسخ بعد ظهور الربح وقال ابن عقيل أيضاً في باب الجمالة المضاربة كالجمالة لا يملك رب المال فسختها بعد تلبس العامل بالعمل وأطلق ذلك وقال في مفرداته انما يملك المضارب الفسخ بعد أن ينض رأس المال ويعلم رب المال أنه أراد الفسخ لثلاث يتبادى به الزمان فيتعطل عليه الارباح قال وهذا هو الاليق بمذهبنا وأنه لا يحل لأحد المتعاقدين في الشركة والمضاربات الفسخ مع كتم شريكه لأنه ذريعة الى غاية الاضرار وهو تعطيل المال عن الفوائد والارباح ولهذا لا يملك عندنا فسختها ورأس المال قد صار عروصاً لكن اذا باع (١) ونض رأس المال بنفسه انتهى وحاصله انه لا يجوز للمضارب الفسخ حتى ينض رأس المال ويعلم به ربه لثلاث يتضرر بتعطيل ماله عن الربح كما ذكر أنه في الفضول ان المالك لا يملك الفسخ اذا توجه المال الى الربح ولا يسقط به حق العامل وهو حسن جار على قواعد المذهب في اعتبار المقاصد وسد الذرائع ولهذا قلنا ان المضارب اذا ضارب لآخر من غير علم الاول وكان عليه في ذلك ضرر رده من الربح في شركة الاول مع مخالفته لأطلاق الاكثرين انه اذا فسخ قبل الظهور فلا شيء له وأما ما ذكره في باب الجمالة ففيه بعد الا أن ينزل على مثل هذا الحال مع أن القاضي ذكر مثله أيضاً في باب الجمالة

ومنها الشركة اذا فسخ أحدهما عقدها بالقول انفسخت وان قال الآخر عزلتك انزل المعزول وحده ذكره القاضي وينسخ مع كون المال عروصاً او ناضاً وحكى صاحب التلخيص رواية أخرى لا ينزل حتى ينض المال كالمضارب قال وهو المذهب (٢) وفرق بأن الشريك وكبل والربح يدخل تبعاً بخلاف حق المضارب فإنه أصلي ولا يدخل (٣) بدون البيع

ومنها الوكيل اذا وكله في فعل شيء ثم عزله وتصرف قبل العلم تصرفاً يوجب الضمان فهل يضمه المؤكل فيه وجهان مذكوران فيما اذا وكله في استيفاء القصاص ثم عزله فاستوفاه قبل العلم قال أبو بكر لاضمان على الوكيل فمن الاصحاب من قال لعدم تفريطه وهم من قال لان عفوه كله لم يصح حيث حصل على وجه لا يمكن استدراكه فهو كالو عفى بعد الرمي قال أبو بكر وهل يلزم المؤكل الضمان على قولين أحدهما لاضمان عليه ووجهه بأن عفوه لم يصح كما ذكرنا وبأنه محسن بالعفو فلا يترتب عليه الضمان به والثاني عليه الضمان لأنه سلطه على قتل معصوم لا يعلم بمصمته فكان الضمان عليه كالو أمر بالقتل من لا يعلم بتحريمه فقتل كان الضمان على الأمر وللاصحاب طريقة

ثانية وهي البناء على انزال الوكيل قبل العلم فان قلنا لا ينزل لم يصح العفو فيقع القصاص مستحقا لاضيان فيه، وان قلنا ينزل صح العفو وضمن الوكيل كآلو قتل مرتبا وكان [قد] أسلم ولم يعلم به وهل يرجع على الموكل على وجهين : احدهما يرجع لتغيره ، والثاني لا لأن العفو احسان منه لا يقتضى الضمان وعلى هذا فالدية على عاقلة الوكيل عند أبي الخطاب لأنه خطأ وعند القاضي في ماله لأنه عمد وهو بعيد . وقد يقال هو شبه عمد كذا حكى صاحب المعنى ، وللأصحاب طريقة ثالثة وهو ان قلنا لا ينزل لم يضمن الوكيل وهل يضمن العاقلة على وجهين بناء على صحة عفو ، وترددا بين تغيره واحسانه ، وإن قلنا ينزل لزومه الدية . وهل يكون في ماله أو على عاقلة على وجهين ، وهذه طريقة أبي الخطاب وصاحب الترجيب وزادوا قلنا في ماله فهل يرجع بها على الموكل على وجهين ، ولو وكله في بيع شيء أو وقفه أو [في] عتق عبده ثم عزله ثم فعل ما وكله فيه قبل العلم بعزله فان قيل لا ينزل قبل العلم فالتصرف صحيح ولا كلام وان قيل ينزل فالدفع باطل وكذلك وقف المشتري وعتقه . وأما استقلاله فقال الشيخ تقي الدين لا يضمنه الوكيل لانقاذ تقيطه والمشتري مغرور وفي تضمينه خلاف في المذهب وإذا ضمن رجوع على الغار على الصحيح والغار هنا لاضمان عليه فلا ضمان على واحد منها انتهى ، وعلى القول بضمان الوكيل في مسألة (١) استيفاء القصاص من غير رجوع قد يتوجه ضمان الوكيل هنا وفيه بعد أيضا لأن الضمان هنا لو وجب لوجب للغار والغار من شأنه ان يضمن لان يضمن له . وأما المشتري فهو شبه بالمشتري من المشتري من الغاصب اذا لم يعلم بالغصب، والمعروف في المذهب تضمينه لكن لا يمكن الرجوع هنا على الوكيل

{ القاعدة الحادية والستون }

المتصرف تصرفا عاما على الناس كلهم من غير ولاية أحد معين وهو الامام، هل يكون تصرفه عليهم بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية في ذلك وجهان وخرج الأمدى روايتين بناء على ان خطأه هل هو على عاقلة أو في بيت المال لأن إن جعلناه على عاقلة فهو متصرف بنفسه، وإن جعلناه في بيت المال فهو متصرف بوكالتهم لهم وعليهم فلا يضمن لهم ولا يجر خطاه فيجب في بيت المال واختيار القاضي في خلافه أنه متصرف بالوكالة لعدمهم، وذكر في الاحكام السلطانية روايتين في انعقاد الامامة بمجرد القهر من غير عقد وهذا يحسن ان يكون أصلا للخلاف في الولاية والوكالة أيضا ، وينبئ على هذا الخلاف ايضا انزاله بالمزل ذكره الأمدى فان قلنا هو وكيل فله أن يعزل

(١) في نسخة : في ماله والتصحيح عن ٧١٩

نفسه وان قلنا هو وال لم ينزل بالزل كما ان الرسول ليس له عزل نفسه ولا ينزل بموت من بايعه لانه وكيل عن الجميع لاهل البيعة وحدهم، وهل لهم عزله اذا كان بسؤاله لحكمه حكم عزل نفسه، وان كان بغير سؤاله لم يحز بغير خلاف، هذا [ظاهر] ما ذكره القاضى وغيره وأما من كان تصرفه مستفاداً من توليته فان كان نائباً عنه كالوزير فانه كالوكيل له ينزل بعزله وبموته وان كان نائباً عن المسلمين كالأمير العام لم ينزل بموت الامام ذكره القاضى فى الاحكام السلطانية فاما القضاة فهل هم نواب الامام أو المسلمين فيه وجهان معروفان ينبى عليهما جواز عزل الامام له وعزله لنفسه وظاهر كلام القاضى فى الاحكام أن الخلاف مطرد فى ولاية الامارة العامة على البلاد وجباية الخراج. وأما نواب القاضى فتوعان: أحدهما من ولايته خاصة كمن فوض اليه سماع شهادة معينة أو احضار المستعدى عليه فهم كالوكلاء ينزلون بعزله وموته. والثانى من ولايته عامة كخلفائه وأمنائه على الأطفال ونوابه على القرى فهل هم بمنزلة وكلائه أو نواب المسلمين فلا ينزلون بموته على وجوب ذكرهما الأدنى، وصح صاحب الترغيب عدم الانزال، وحكى ابن عقيل عن الأصحاب أنهم ينزلون لأنهم نواب القاضى بخلاف القضاة فانهم نواب للمسلمين، ولهذا يجب على الامام نصب القضاة ولا يجب على القضاة الاستنابة، ويجب عنه بان القضاء ليس بفرض كفاية على رواية ولا يجب نصب قاض بالكلية وبأن الوجوب لا يتعلق بمعين فلا أثر له فى عدم نفوذ العزل ولهذا من عنده ودائع وعليه ديون خفية يجب عليه الوصية عند الموت بأدائها وله عزل الموصى اليه بذلك واستبداله. وأما المتصرف تصرفاً خاصاً بتفويض من ليس له ولاية عامة فتوعان أحدهما أن يكون المفوض له ولاية على ما تصرف فيه كولى اليتيم وناظر الوقف فاذا عقد عقداً جائزاً أو متوقع الانقضاء كالشركة والمضاربة والوكالة واجارة الوقف فانها لا تنفسخ بموته لانه متصرف على غيره لاعلى نفسه وكذلك الوكيل اذا أذن له موكله أن يوكل فيكون وكيله وكيلاً لموكله لاله. والثانى من يفوض حقوق نفسه فهذه وكالة محضة

(القاعدة الثانية والستون)

فيما ينزل قبل العلم بالزل، المشهور أن كل من ينزل بموت أو عزل هل ينزل بمجرد ذلك؟ أم يقف عزله على علمه على روايتين. وسواء فى ذلك الوكيل وغيره والاذن للزوجة أو العبد فيما لا يملكه بدون اذن اذا وجد بعده نهي لم يعلمه مخرج على الوكيل ذكره القاضى وكذلك إذن المرتن للراهن فى التصرف اذا منع منه قبل تصرف الراهن ولم يعلم ومن الأصحاب من فرق بين

الوكل وغيره ودخل في هذا صور :

منها الحاكم اذا قيل بانمراله قال القاضي وأبو الخطاب فيه الخلاف الذي في الوكيل . وفي التلخيص لا ينزل قبل العلم بغير خلاف ورجحه الشيخ تقي الدين لأن في (١) ولايته حقا فله وان قيل انه وكيل فهو شيء بنسخ الاحكام لا يثبت قبل بلوغ الناسخ على الصحيح بخلاف الوكالة المحضة . قال: هذا هو المنصوص عن أحمد وأيضا فان ولاية القاضي عامة لما يترتب عليها من عموم العقود والفسوخ فتعظم البلوى باهلها قبل العلم بخلاف الوكالة

ومنها عقود المشاركات كالشركة والمضاربة، والمشهور أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة وقد ذكرنا عن ابن عقيل فيما سبق في المضاربة أنها لا تنفسخ بفسخ المضارب حتى يعلم رب المال ومنها الوديعة وقد ذكر القاضي في مواضع كثيرة من خلافه ان للودع فسخها بالقول في غيبة المودع وتنفسخ قبل علم المودع بالفسخ وتبقى في يده أمانة كمن أطارت الريح الى بيته ثوبا لغيره، ثم إنه ذكر في مسألة الوكالة أن الوديعة لا يلحقها الفسخ بالقول وإنما تنفسخ بالرد الى صاحبها أو بان يتعدى المودع فيها فلو قال المودع بمحضر من رب الوديعة أو في غيبته فسخت الوديعة أو أزلت نفسها عنها لم تنفسخ قبل أن يصل الى صاحبها ولم يصمتها . فاما أن يكون هذا تفريقا بين فسخ المودع والمودع أو يكون اختلافا منه في المسألة والاول أشبه لأن فسخ المودع اخراج للودع عن الاستحفاظ وهو يملكه وأما المودع فليس له فيها تصرف سوى الامساك والحفظ فلا يصح أن يرفعه مع وجوده ويلتحق بهذه القاعدة

(القاعدة الثالثة والستون)

وهي أن من لا يعتبر رضاه لفسخ عقد أو حله لا يعتبر عليه به ويندرج تحت ذلك مسائل : منها الطلاق . ومنها الخلع فانه يصح مع الاجنبي على المذهب سواء قيل هو فسخ أو طلاق ولنا وجه آخر أنه لا يصح مع الاجنبي اذا قلنا انه فسخ كالأقالة والصحيح خلافه لأن فسخ البيع اللازم لا يستقل به أحد المتبايعين بخلاف النكاح فان الزوج يستقل بازالته بالطلاق . ومنها العتق ولو كان على مال نحو اعترق عبدك عنى وعلى ثمنه . ومنها فسخ المتعة تحت عبد . ومنها فسخ المبيع المعيب والمذلس وكذلك الاجارة . ومنها فسخ العقود الجائزة بدون علم الآخر

(١) سقط ما بعد هذا الى أثناء القاعدة السابعة والستين في نسخة ٧١٢

في ٧١١ أخرى وكتبت كلمة « أخرى » بعد عنوان القاعدة وقبل كلمة هي

وقد سبقت. ومنها الفسخ بالخيار يملكه من يملك الخيار بغير علم الآخر عند القاضي والاكثرين وخرج أبو الخطاب فيها وجه آخر أنه لا يفسخ الا أن يبلغه في المدة من عزل الوكيل وفيه نظر فان من له الخيار يتصرف بالفسخ لنفسه ، وهذه الفسوخ على ضربين: احدهما ما هو مجمع على ثبوت أصل الفسخ به فلا يتوقف الفسخ به على حاكم كسائر ما ذكرنا: والثاني ما هو مختلف فيه كالفسخ بالعنة والعيوب في الزوج وغيبته ونحو ذلك فيفتقر الى حكم حاكم لانها أمور اجتهادية فان كان الخلاف ضعيفا يسوغ نقض الحكم به لم يفتقر الفسخ به الى حكم حاكم ويتفرع على ذلك أخذ بائع المفلس سماعته اذا وجدها بعينها وفيه وجهان بناء على نقض الحكم بخلافه والمنصوص عن أحمد في رواية اسماعيل بن سعيد أنه له ذلك ، وكذلك تزوج امرأة المفقود فان في توقف فسخ نكاحها على الحاكم روايتين ، قال في رواية ابن منصور تزوج وان لم تأت السلطان وأحب الى أن تأتیه ولعله رأى الحكم بخلافه لا يسوغ لأنه اجماع عمر والصحابه ، ورجع الشيخ تقي الدين أن جميع الفسوخ لا يتوقف على حاكم

(القاعدة الرابعة والستون)

من توقف نفوذ تصرفه أو سقوط الضمان أو الحث عنه على الاذن فنصرف قبل العلم به ثم تبين أن الاذن كان موجودا هل يكون كنصرف المأذون له أولا في المسألة وجهان تتخرج عليهما صور :

منها لو تصرف في مال غيره بمقد أو غيره ثم تبين أنه كان أذن له في التصرف هل يصح أم لا فيه وجهان .

ومنها لو قال لزوجته ان خرجت بغير اذن فانت طالق ثم أذن لها ولم تعلم باذنه فخرجت فهل تطلق فيه وجهان ، وأشهرهما - وهو المنصوص - أنها تطلق لأن المحلوف عليه قد وجد وهو خروجها على وجه المشاققة والمخالفة فانها اقدمت على ذلك ولأن الاذن هنا أباحة بعد حظر فلا يثبت في حقها بدون عليها كأباحة الشرع ، ولأبي الخطاب في الانتصار طريقة ثانية وهي أن دعواه الاذن غير مقبولة لوقوع الطلاق في الظاهر فلو أشهد على الاذن لنفذه ذلك ولم تطلق وهذا ضعيف ومنها او أذن البائع للشترى في مدة الخيار في التصرف فنصرف بعد الاذن وقبل العلم

فهل يفذ أم لا يتخرج على الوجهين في التوكيل وأولى وجزم القاضي في خلافه بعدم النفوذ ومنها لو غصب طعاما من انسان ثم أباحه له المالك ثم أكله الغاصب غير عالم بالاذن

ضمن ذكره أبو الخطاب في الانتصار وهو بعيد جدا والصواب الجزم بعدم الضمان لأن الضمان لا يثبت بمجرد الاعتقاد فيما ليس بمضمون كمن وطئ امرأة يظنها أجنبية فتبينت زوجته فانه لا مهر عليه ولا عيرة باستصحاب أصل الضمان مع زوال سببه كما أنه لو أكل في الصوم يظن الشمس لم تغرب فتبين أنها كانت غربت فانه لا يلزمه القضاء وينتق بهذه

(القاعدة الخامسة والستون)

وهي من تصرف في شيء يظن انه لا يملكه فتبين أنه كان يملكه ، وفيها الخلاف ايضا ويندرج تحتها صور:
منها لو باع ملك ابيه بغير اذنه ثم تبين أن ابيه كان قد مات ولا وارث له وفي محبة تصرفه وجهان ويقال روايتان (١)

ومنها لو طلق امرأة يظنها اجنبية فتبينت زوجته ففي وقوع الطلاق روايتان ، وبناهما ابوبكر على ان الصريح هل يحتاج الى نية ام لا قال القاضي إنما هذا الخلاف في صورة الجهل بأهلية المحل ولا يطرد مع العلم به

ومنها لو لقي امرأة في الطريق فقال تنحى باخرة فاذا هي امته وفيها الخلاف ايضا ، ونص احمد على ذلك وفي المعنى احتمال بالتفريق لأن هذا يقال كثيرا في الطريق ولا يراد به العتق . وهذا مع اطلاق القصد فاما ان قصد به المدح بالمعة ونحوها فليست من المسألة بشيء. وينزل الخلاف في هذا على [أن] الرضا بغير المعلوم هل هو رضى معتبر والاظهر عدم اعتباره
ومنها لو أبرأه من مائة درهم مثلا معتقدا انه لا شيء له [عليه] ثم تبين أنه كان له في ذمته مائة درهم وفيها الوجهان

ومنها لو جرحه جرحا لا قصاص فيه نفعا عن القصاص وسرايته ثم سرى الى نفسه فهل يسقط القصاص ؟ يخرج على الوجهين أشار الى ذلك الشيخ مجاهد الدين في تعليقه على الهداية وبناء على أن القصاص هل يجب للميت أو لورثته كالدية ، وجزم القاضي وغيره بأنه لا يصح العفو هنا
ومنها لو تزوجت امرأة المفقود قبل الزمان المعتبر ثم تبين أنه كان ميتا قبل ذلك بمدة تنقضي فيها المدة أو انه كان طلقها ففي محبة النكاح الوجهان ذكره القاضي ورجع صاحب المعنى عدم الصحة هنا لفقد شرط النكاح في الابتداء كما لو تزوجت المرأة قبل زوال الرية
ومها لو أمره غيره باعتاق عبد يظن انه للآخر فتبين أنه عبده ففي التلخيص يحتمل تحريمه على من

مالكة واقبضه اياه هل يبرأ به أم لا وحكى فيه ابن ابي موسى روايتين والمشهور انه لا يبرأ نص عليه احمد معللا بانه يحمل منته وربما كافاه على ذلك واختار القاضي في خلافه وصاحب المغنى انه يبرأ لان المالك تسله تسايجا تاما وعادت سلطته اليه فبرئ [الفاضل] بخلاف ما اذا قدمه اليهما كله فانه أباحاياه ولم يملكه [اياه] فلم يند الى سلطته وتصرفه ولهذا لم يكن له التصرف فيه بالبيع والهبة وهذا اتفاق من احمد وأصحابه على ان تصرفات المالك تعود اليه بمود ملكه على طريق الهبة من الفاضل وهو لا يعلم بالحال

(القاعدة السابعة والستون)

من استحق الرجوع عين أو دين بفسخ أو غيره وكان قد رجع اليه ذلك الحق هبة أو لإبرام من يستحق عليه الرجوع فهل يستحق الرجوع بيده أم لا في المسئلة وجهان ولها صور :
منها باع عينائهم وهب ثمنها للشرى أو أبرأه منه ثم بان بها عيب يوجب الرد فهل له ردها والمطالبة بالثمن أم لا على وجهين . وكذا لو أبرأه من بعض الثمن فهل له المطالبة بقدره أبرأه منه على الوجهين ، واختار القاضي في خلافه أنه اذا رده لم يرجع عليه بشيء عما أبرأه منه ويتخرج التفريق بين الهبة والابراء فيرجع الهبة دون الابراء وسنذكر اصله ولو ظهر هذا المبيع [معينا] بعد أن تعيب عنده فهل له المطالبة بأرض العيب فيه طريقان احدهما يخرججه على الخلاف في رده والاخرى يمنع المطالبة هنا وجهاً واحداً وهو اختيار ابن عقيل لانه صار منه تبرعا فلا يملك المطالبة بزيادة عليه لثلا تجتمع له المطالبة بالثمن وبعض الثمن بخلاف ما اذا رده فانه لا يجتمع له ذلك ومنها لو تقايلا في العين بمدهبة ثمنها أو الابرامته

ومنها لو أصدق زوجته عينا فوهبتها منه ثم طلقها قبل الدخول فهل يرجع عليها بيد نصفها على روايتين ، فان قلنا يرجع فهل يرجع اذا كان الصداق ديناً فأبرأته منه على وجهين اصحابه لا يرجع لان ملكه لم يزل عنه

ومنها لو كاتب عبده ثم أبرأه من دين الكتابة وعقق فهل يستحق المكاتب الرجوع عليه بما كان له عليه من الايتاء الواجب أم لا من الاصحاب من خرجها على الخلاف وضعف صاحب المغنى ذلك لان اسقاطه عنه يقوم مقام إيتائه ، ولهذا لو أسقط عنه القدر الواجب إيتاؤه واستوفى الباقي لم يلزمه أن يؤتبه شيئاً ، وأيضاً فالسيد أسقط عن المكاتب ما وجد سبب لإيتائه اياه فقام مقام الايتاء بخلاف اسقاط المرأة الصداق قبل الطلاق

ومنها لو شهد شاهدان بمال لزيد على عمرو ثم رجعا وقد قبضه زيد من عمرو ثم وهبه له لم يسقط عنها الضمان، ولو كان ديناً أبرأه منه قبل قبضه ثم رجعا لم يلزمها شيء ذكره القاضى فى خلافه ولم يخرج به على الخلاف فى المسائل الأولى لأن الضمان لزمها بوجود التفرغ وعود العين الى الغارم من المحكوم له بهبة لا يوجب البراءة كما لا يبرأ الغاصب بمثل ذلك فى الرد الى المنصوب منه كحمل مته نعم يتخرج القول بسقوط الضمان هنا اذا قلنا ببراءة الغاصب باعادة المال الى المنصوب منه بهبة لأنها اعترفا بأنه قبضه عدواناً ثم رده اليه بهبة، وأما اذا أبرأه منه قبل القبض فلم يترتب على شهادتهما غرم فلذلك سقط عنها الضمان

ومنها لو قضى المضمون الدين ثم وهبه الغريم ما قضاه بعد قبضه فهل يرجع على المضمون عنه ظاهر كلام الاصحاب انه لا يرجع. ولهذا قالوا لو قضى الدين بنقيضه لم يرجع الا بما قضى وجعلوه كالمفروض لا يرجع الا بما غرم اسكن هذا فى الابراء والمساحة ظاهر فاما ان قضى الدين لكأله ثم وهبه الغريم منه فلا يبعد تخريجه على الوجهين

﴿ القاعدة الثامنة والستون ﴾

إيقاع العبادات أو العقود أو غيرها مع الشك فى شرط صحتها هل يجعلها كالمعلقة على تحقيق ذلك الشرط أم لا وهى نوعان: أحدهما ما يشترط فيه النية الجازمة فلا يصح إيقاعه بهذا التردد ما لم يكن الشك غلبة ظن تكفى مثله فى إيقاع العبادات أو العقد كغلبة الظن بدخول الوقت وطهارة الماء والثوب ونحو ذلك. ومن أمثلة ذلك اذا صلى فان نفسه محدثاً فبين متطهراً ومنها لو شك هل ابتداء [مدة] مسح الحفين فى السفر أو الحضر ف مسح يوماً آخر بعد انقضاء مدة الحضر ثم تبين انه ابتدأها فى السفر لزمه اعادة الصلاة بالشك وهل يلزمه اعادة الوضوء فيه وجهان: أحدهما لا يلزمه وبه جزم فى المفتى لأن الوضوء يصح مع الشك فى سببه كمن شك فى الحدث فنوضأ بنوى رفعه ثم تبين محدثاً. والثانى يلزمه لأن المسح رخصة ولم يتحقق إباحتها فلم يصح كمن قصر وهو يشك فى جواز القصر

ومنها [لو توضأ] من انه متبته ثم تبين انه طاهر لم تصح طهارته فى المشهور وقال القاضى أبو الحسين يصح وهو يرجع الى أن الجزم بصحة الوضوء لا يشترط كما سبق (١) ومنها لو توضأ شاكفى الحدث أو صلى مع غلبة ظنه بدخول الوقت ونوى الفرض ان كان محدثاً والوقت قد دخل وإلا

فالتجديد أو النفل ، فذكر ابن عقيل أنه يجوز له لأن هذا حكمه ولو لم ينوه ، فإذا نواه لم يضره .
ومنها لو كان له مال حاضر وغائب فأدى زكاة ونوى أنها عن الغائب إن كان سالما والا فقطوع
فبان سالما أجزأه لما ذكرنا وحكى عن أبي بكر أنه لا يجوز له لأنه لم يخلص النية عن القرض .
ويتخرج منه وجه في التي قبلها أنه لا يصح وأولى لأن هناك لم يبن على أصل مستصحب ولكنه
بنى على غلبة ظن بدخول الوقت وهو يكفي في صحة الصلاة

ومنها إذا نوى ليلة الشك إن كان غدا من رمضان فهو فرضي^(١) وإلا فهو نفل . فهل يجوز له من
رمضان أن وافق ؟ يبنى على أن نية التعمين هل تشترط لرمضان فإن قلنا تشترط وهو المشهور في المذهب
لم يجوز له لأنه لم يجزم بالتعمين ولم يبن على أصل مستصحب يجوز الصيام فيه بخلاف مسألة الزكاة
وهذا بخلاف ما لو نوى ليلة الثلاثين من رمضان إن كان غدا من رمضان فأنا صائم عنه وإلا
فانما فطر فانه يصح صيامه في أصح الوجهين لأنه بنى على أصل لم يثبت زواله ولا يقدر ترده لأنه
حكم صومه مع الجزم . والثاني وهو قول أبي بكر لا يجوز له للتردد ، ونقل صالح عن أبيه أنه يجوز له
النية المترددة مع الغنم دون الصحو لأن الصوم مع الغنم لا يغتفر من تردد بنافي الجزم فإذا ترددت
النية فقد نوى حكم الصوم فلا يضره بخلاف حالة الصحو فانه لا يحتاج فيها إلى التردد . والنوع
الثاني لا يحتاج إلى نية جازمة فالصحيح فيه الصحة وقد سبق من أمثله إذا نكحت امرأة المفقود
قبل أن يجوز لها النكاح ثم تبين أنه كان جائزا في الصحة وجهان

ومنها لو كان عند رجل دنائير وديعة فصارفه عليها وهو يحمل بقاها ففيه وجهان : أحدهما
وهو قول القاضى في المجرد لا يصح لأنها ليست تالفة فتكون مصارفة عليها وهي في الذمة ولا حاضرة
فتكون مصارفة على عين ، والثاني وهو قول ابن عقيل أنه يصح لأن الأصح بقاؤها فصار كييع
الحيوان الغائب بالصفة فانه يصح مع احتمال تلفه لأن الأصل بقاؤه قال ابن عقيل فإن كانت
باقية تقابضا وصح العقد وإن كانت تالفة تبين بطلان العقد ، وهذا الذي قاله صحيح إذا تلفت بغير
تفريط فاما إن تلفت تلفاً مضمونا في الذمة فيبنى على تعيين النقود بالتعمين فإن قلنا يتعين لم يصح
العقد وإلا يصح وقامت الدنانير التي في الذمة مقام الوديعة لا^(٢) على الوجه الذي يشترط فيه
للصرف التعمين فلا يصح على ما في الذمة

ومنها لو وكله في شراء جارية فاشتراها له ثم جحد الموكل الوكالة فأراد الوكيل أن يشتريها
منه فلم يعترف بالملك ثم قال له إن كنت أذنت لك في شرائها فقد بعثتها فهل يصح أم لا على

(١) كذا بالأصل ولعلها فرض (٢) في ٧١١ : لا

وجبين أحدهما لا يصح لأن البيع لا يصح تعليقه وهو قول القاضي وابن عقيل . والثاني يصح ذكره في الكافي احتيالا لأنه تعليق على شرط واقع يملأه فلا يؤثر ذكره في المقدح كما أو قال بعتك هذه إن كانت جارية ويشهد له نص أحمد في رواية ابن منصور بصحة بيع الغائب إن كان سالما فإن هذا مقتضى إطلاق العقد فلا يضر تعليق البيع [عليه]

ومنها الرجعة في عقد نكاح شك في وقوع الطلاق فيه قال أصحابنا هي رجعة صحيحة رافعة للشك وهي المسألة التي ائتم فيها شريك بأنه يطلق ثم يرجع ومأخذه أن الرجعة مع الشك في الطلاق يصيرها كالمعلقة على شرط ولا يصح تعليقها فلا يصح تمثيل قوله بمن شك في نجاسة ثوبه فأمر بتنجيئه ثم ينسله وكذلك لم يجب من أدخل قوله في أخبار المغفلين فإن مأخذه في ذلك خفي عنه فاما الرجعة مع الشك في حصول الإباحة بها كمن طلق وشك هل طلق ثلاثا أو واحدة ثم رجع في العدة فيصح عند أكثر أصحابنا هنا لأن الأصل بقاء النكاح وقد شك في انقطاعه والرجعة استيفاء له فصح مع الشك في انقطاعه أو عند الحرق لا يصح لأنه قد يقين سبب التحريم وهو الطلاق فانه إن كان ثلاثا فقد حصل التحريم بدون زوج وأصابة وإن كان واحدة فقد حصل به التحريم بعد النيوة بدون عقد جديد فالرجعة في العدة لا يحصل بها الحل الا على هذا التقدير فقط فلا يزول الشك مطلقا فلا يصح لأن يقين سبب وجود التحريم مع الشك في وجود المانع منه يقوم مقام تحقق وجود الحكم مع الشك في وجود المانع فيدفع حكم [وجود] السبب كما يعمل بالحكم ويلغى المانع المشكوك فيه كما يلغى مع يقين وجود حكمه وقد استشكل كثير من الأصحاب كلام الحرق في تعليقه بأنه يقين التحريم وشك في التحليل فظنوا أنه يقول بتحريم الرجعة وليس بلام لما ذكرنا.

ومنها أو حكم حاكم في مسألة مختلف فيها بما يرى أن الحق في غيره أتم ونصى بذلك ولم ينقض حكمه إلا أن يكون مغالفاً لنص صريح ذكره ابن أبي موسى وقال السامري بل ينقض حكمه لأن شرط صحة الحكم موافقة الاعتقاد ، ولهذا لو حكم بجعل لنقض حكمه مع أنه لا يعتد بطلان ما حكم به فإذا اعتد بطلانه فهو بالرد أولى وللاصحاب وجهان فيما ينقض فيه حكم الجاهل والفاسق أحدهما تنقض جميع أحكامه لفقد أهليته وهو قول أبي الخطاب وغيره . الثاني تنقض لها الا ما وافق الحق المنصوص والمجمع عليه وينقض ما وافق الاجتهاد لأنه ليس من أهله وهو اختيار صاحب المائتي ويشبه هذا القول في الوصي الفاسق إذا قسم الوصية فإن أعطى الحقوق لمستحق معين يصح قبضه لم يضمه لأنه يجب إيصاله اليه وقد حصل وإن كان لنير معين فوجهان

ومنها الحكم بإسلام من اتهم بالردة إذا أنكر وأقر بالشهادتين فإنه حكم صحيح وإن حصل التردد في مستنده هل هو الإسلام المستمر على ما يدعيه أو الإسلام المتجدد على تقدير صفة ما اتهم به . وقد قال الخريفي ومن شهد عليه بالردة فقال ما كفرت فارتد شهد أن لا إله إلا الله وإن محمداً رسول الله لم يكشف عن شيء قال في المعنى لأن هذا يثبت به إسلام الكافر الأصلي فكذلك المرتد قال ولا حاجة في ثبوت إسلامه إلى الكشف عن صحة رده ونقل محمد بن الحكم عن أحمد فيمن أسلم من أهل الكتاب ثم ارتد فشهد قوم عدول أنه تنصر أو تهود وقال هو لم أفعل أنا مسلم قال أقبل قوله ولا أقبل شهادتهم وذكر كلاماً معناه أن إنكاره أقوى من الشهود وكذلك نقل عنه أبو طالب في رجل تنصر فأخذ فقال لم أفعل قال يقبل منه وعلل بأن المرتد يستتاب لعله يرجع فيقبل منه فإذا أنكر بالكلية فهو أولى بالقبول وليس في هذه الرواية أنه ثبت عليه الردة ولا فيها أنه وجد منه غير إنكار الردة ، وأما مسألة محمد بن الحكم ففيها أنه قال أنا مسلم وذلك يحصل به الإسلام كاشهادتين وظاهر كلام أحمد يدل على أن إنكاره يكفي في الرجوع إلى الإسلام ولو ثبتت عليه الردة بالبينة وهو خلاف قول أصحابنا . وأما أن ثبت كفره بأقراره عليه ثم أنكر ففي المعنى يحتمل أن لا يقبل إنكاره وإن سلمنا فلائح الحد هنا وجب بقوله فيقبل رجوعه عنه بخلاف ما ثبت بالبينة كما في حد الزنا

(القاعدة التاسعة والستون)

العقد الوارد على عمل معين إما أن يكون لازماً ثابتاً في الذمة بعوض كالإجارة فالواجب تحصيل ذلك العمل ولا يتعين أن يعمل المقرود معه إلا بشرط أو قرينة تدل عليه وأما إن يكون غير لازم وإنما يستفاد التصرف فيه بمجرد الإذن فلا يجوز للمقرود معه أن يقيم غيره مقامه في عمله إلا بإذن (١) صريح أو قرينة دالة عليه ويتردد بين هذين من كان تصرفه بولاية إما ثابتة بالشرع كولي النكاح أو بالعقد كالحاكم وولي اليتيم أما الأول فله صور :

منها الاجير المشترك فيجوز له الاستئابة في العمل لأنه ضمن تحصيله لأجله بنفسه واستثنى الأصحاب من ذلك أن يكون العمل متفاوتاً كالفسخ فليس له الاستئابة فيه بدون إذن المستأجر صريحاً ونقلت من خط القاضي على ظهر جزء من خلافه قال فقات من مسائل ابن أبي حرب الجرجاني (٢) سمعت أبا عبد الله سئل قال دفعت ثوباً إلى خياط فقطعه ثم دفعت إلى آخر ليخيطه قال هو

(١) بالاصل بالإذن والتصحيح عن ١٢٢ _ (٢) في ٧١١ الجرجاني

ضامن ولعل هذا فيما [إذا] دلت الحال على وقوع العقد فيه على خياطة المستاجر لمجودة صناعته وحذقه وشهرته بذلك ولا يرضى المستاجر بعمل غيره والمذهب الجواز بدون القرينة وعليه يبنى الاصحاب صحة شركة الابدان حتى أجازوها مع اختلاف الصنائع على أحد الوجهين وكذلك لو استاجر اجيرا لعمل وهو لا يحسنه ففى الصحة وجهان لأن العقد وقع على ضمان تسليم العمل وتحصيله لا على المباشرة

ومنها لو أصدقها عملا معلوما مقدراً بالزمان أو بغيره وقلنا يصح ذلك فهو كالاجير المشترك .
وأما الثانى وهو المتصرف بالأذن المجرد فله صور :

منها الوكيل وفى جواز توكيله بدون إذن روايتان معروفتان الا فيما اقتضته دلالة الحال مثل أن يكون العمل لا يباشره مثله أو يعجز عنه لكثرة فله الاستتابة بغير خلاف لكن هل له الاستتابة فى الجميع أو فى القدر المعجوز عنه خاصة على وجهين الأول اختيار صاحب المغنى والثانى قول القاضى وابن عقيل

ومنها العبد المأذون له فيه وفيه طريقان : أحدهما أنه كالوكيل وهو المذكور فى الكافى لأنه استفاد التصرف بالأذن [فهو] كالوكيل . والثانى ليس له الاستتابة بدون إذن أو عرف بغير خلاف وهما ذكره فى التلخيص لقصور العبدى أملاكه وتصرفاته فلا يملك التصرف بدون إذن أو قرينة ومنها الصبي المأذون له وهو كالوكيل ذكره فى الكافى

ومنها الشريك والمضارب وفيهما طريقان : أحدهما ان حكمها حكم الوكيل على الخلاف فيه وهى طريقة القاضى والأكثرين . والثانية يجوز لها التوكيل بدون إذن وهو المجزوم به فى المحرر وكذلك رجحه أبو الخطاب فى رموس المسائل لعموم تصرفهما وكثرته وطول مدته غالباً وهذه قرائن تدل على الاذن فى التوكيل فى البيع والشراء وكلام ابن عقيل يشعر بالتفريق بين المضارب والشريك فيجوز للشريك التوكيل لأنه علل بان الشريك استفاد بعقد الشركة ما هو دونه وهو الوكالة لأنها أخص والشركة أعم فكان له الاستتابة فى الأخص بخلاف الوكيل فانه استفاد بحكم العقد مثل العقد وهذا يدل على الحاق المضارب بالوكيل ، وهذا الكلام فى توكيلهما فى البيع والشراء فأما دفع المضارب المال مضاربة الى غيره فلا يجوز بدون إذن صريح نص عليه احمد وعلل بانه انما ائتمنه على المال فكيف يسلمه الى غيره ، وحكى فيه رواية أخرى بالجواز وأما الثالث وهو المتصرف بالولاية فمنه ولى اليتيم وفيه طريقان أحدهما أنه كالوكيل وهى طريقة القاضى وابن

عقيل وصاحب المنى لأن تصرفه بالأذن فهو كالوكيل . والثاني أنه يجوز التوكيل بخلاف الوكيل ورجحه القاضي وابن عقيل أيضا في كتاب الوصايا وأبو الخطاب وجزم به في المحرر لأنه متصرف بالولاية وليس وكيلًا محضًا فإنه يتصرف بعد الموت بخلاف الوكيل ولأنه يعتبر عدلته وأمانته وهذا شأن الولايات ولأنه لا يمكنه الاستئذان أو تطول مدته ويكثر تصرفه بخلاف الوكيل هذا في توكيله فاما في وصيته إلى غيره ففيها روايتان منصوصتان واختار المنع أبو بكر والقاضي

ومنها الحاكم هل له أن يستنيب غيره من غير إذن له في ذلك وفيه طريقان : أحدهما طريق القاضي في المجرد والخلاف أنه كالوكيل على ما مر فيه . والثاني وهو طريق القاضي في الاحكام السلطانية وابن عقيل وصاحب المحرر ان له الاستخلاف قولاً واحداً ونص عليه احمد في رواية مبنية على أن القاضي ليس بنائب للامام بل هو ناظر للسليدين لاعمن ولاه ولهذا لا يعزل بموته ولا بعزله على ما سبق فيكون حكمه في ولايته حكم الامام بخلاف الوكيل ولأن الحاكم يضيق عليه تولى جميع الاحكام بنفسه ويؤدى ذلك إلى تعطيل مصالح الناس العامة فأشبهه من وكل فيها لا يمكنه مباشرة عادة لكثيرته ومنه ولي النكاح فان كان مجبراً فلا إشكال في جواز توكيله لأن ولايته ثابتة شرعاً من غير جهة المرأة ولذلك لا يعتبر معه اذنها وإن كان غير مجبر ففيه طريقان أحدهما أنه كالوكيل وهي طريقة القاضي لأنه متصرف بالأذن . والثاني [أنه] يجوز له التوكيل قولاً واحداً وهو طريق صاحب المنى والمحرر لأن ولايته ثابتة بالشرع من غير جهة المرأة فلا توقف استنابته على اذنها كالمجبر واما افتراقا على اعتبار اذنها في صحة النكاح ولا أثر له هنا

﴿ القاعدة السيمون ﴾

الفعل المتعدى إلى مفعول أو المتعاق بطرف أو مجرور إذا كان مفعوله أو متعلقه عاملاً فهل يدخل الفاعل الخاص في عمومته أم يكون ذكر الفاعل قرينة مخرجة له من العموم أو يختلف ذلك بحسب القرائن فيه خلاف في المذهب ، والمرجع فيه التخصيص الا مع التصريح بالدخول أو قرائن تدل عليه وتترتب على ذلك صور متعددة :

منها النهي عن الكلام والامام يخاطب لاي شمل الامام على المذهب المشهور ومنها الأمر بأجابه المؤذن هل يشمل المؤذن نفسه المنصوص هنا الشمول والارجح عدمه طرداً للقاعدة

ومنها إذا أذن [السيد] لعبده في التجارة لم يملك أن يؤجر نفسه ، وللمنع مأخذ آخر وهو أن

المنافع ليست من أموال التجارة ذكره القاضى

ومنها إذا أذن السيد لعبده أن يعتق عن كفارته من رقيق السيد لم يملك أن يعتق نفسه وخرجها أبو بكر على وجهين وهذا يتمشى على طريقته وطريقة ابن حامد والمتقدمين أن تكفير العبد بالمال لا يفتى على ملكه بالتفليك بل يكفر به إذن السيد وإن لم يملكه ، وإلا فلو ملك نفسه لا نعمت عليه قهراً ولم تجزئه عن الكفارة

ومنها هل يكون الرجل مصرفاً لكفارة نفسه في المسئلة روايتان ثم من الأصحاب من يحكيها في غير كفارة الجاه في رمضان لورود النص فيها ، ومنهم من حكاهما في الجميع وجعل ذلك خصوصاً للأعرابي وأسقاط الكفارة عنه لمجزئه وكونها لا تفضل عنه (١) واختلفوا في محل الخلاف فقيل هو إذا كفر الغير عنه بأذنه هل يجوز له أن يصرفها إليه أم لا بناء على أن التكفير من الغير عنه لا يستلزم دخولها في ملكه قبل ملك الفقير لها كما تقدم مثله في العتق وقيل بل إذا تصدق عليها لفقره هل يجوز أن يأكلها وتكون كفارة أم لا وهى طريقة ابن أبي موسى

ومنها هل يكون الرجل مصرفاً لركانه إذا أخذ الساعي منه فقد برئت ذمته منها فله أن يمسدها إليه بعد ذلك ، هذا هو المخصوص عن أحمد واختيار القاضى لأن عودها إليه ههنا [بسبب] متجدد فهو كاره لها ولا نقول أنه قبضها عن زكاة ماله لأنه يرى من زكاة ماله قبض الساعي وإنما يأخذها من جملة الصدقات المباحة له ، وقال أبو بكر مذهب أحمد لا يحل له أخذها ذكره في زكاة الفطر وعمل بأنها طهرة فلا يجوز أن يتطهر بما قد تطهر به وهكذا الخلاف في رد الإمام خمس الفى والغنمية على من أخذها منه وأما إسقاطها قبل القبض فلا يجوز لأن الأبرام من الدين لا يسقط الزكاة ولا الخمس بل يجب فيها القبض بخلاف الخراج والعشر المأخوذ من تجار أهل الكتاب لأنه في فيجوز للإمام إسقاطه ممن هو واجب عليه إذا رأى فيه المصلحة وكذلك خمس الركا إذا قيل هو في

ومنها هل يكون الواقف مصرفاً لوقفه كما إذا وقف [شيئاً] على الفقراء ثم افتقر فإنه يدخل على

(١) يشير إلى ما ورد في حديث ابن هريرة أنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يا رسول الله قال وما أهلكك قال وقعت على امرأتى في رمضان قال هل تجد ما تطعم به ستين مسكيناً رقة قال لا قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم به ستين مسكيناً قال لا ثم جلس فأتى النبي فبرق فيه تمر فقال تصدق بهذا فقال أعلى أقر منى فما بين لابتيها أهل بيت أحوج إليه منا قال فضحك النبي حتى بدت أنياباه ثم قال اذهب فاطعمهم أهلك

الاصح ونص عليه احدى رواية المروذى وكذلك لو انقطع مصرف الوقف وقذا يرجع إلى أقاربه وفقاً وكان الواقف حياً هل يرجع إليه على روايتين حكاهما ابن الزاغوني في الاقناع وجزم ابن عقيل في المفردات بدخوله، وكذلك لو وقف على أولاده وأنسابهم [لهم] أبداً على أنه من توفى منهم عن غير ولد رجع نصيبه إلى أقرب الناس إليه فتوفى أحد أولاده عن غير ولد والأب الواقف حتى فهل يعود نصيبه إليه لكونه أقرب الناس إليه أم لا يخرج على ما قبلها والمسئلة ملتفتة إلى دخول المخاطب في خطابه

ومنها الوكيل في البيع هل له الشراء من نفسه فيه روايتان معروفتان وللنص ما أخذان : أحدهما التهمة وخشية ترك الاستقصاء في الثمن ، والثاني أن سياق التوكيل في البيع يدل على إخراجهم من جملة المشترين لأنه جعله باتماً فلا يكون مشترياً ، وهذان المأخذان ذكرهما القاضي وغيره والثالث أنه لا يجوز أن يتولى طرفي العقد واحد بنفسه وبأخذ واحد يديه من الأخرى فإذا وكل رجلاً يشتري له منه جاز نقل ذلك حبل عن أحد فعلى المأخذ الأول لا يجوز له البيع بمن يهتم بمحابة ايضاً وهو بمن لا تقبل شهادته له ، ومنهم من خصه بمن له عليه ولاية وهو ولده الصغيردون من لادلاية له عليه وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل ، صاحب المغنى ، وعلى الثاني والثالث يجوز له البيع من غيره إذا كان أهلاً للقبول ، ويجوز على المأخذ الثالث ايضاً أن يوكل من يشتري له لاندفاع عذوره ایجاد الموجب والتقابل ، وإن وكل من يبيع السلعة ويشتريها هو فذكر ابن أبي موسى أنه إن كان ما دوناً له في التوكيل في البيع جاز الشراء من وكيله قولاً واحداً بناء على أن هذا الوكيل الثاني وكيل للوكيل الأول فكأنه اشترى السلعة من مالكها ، وإن كان لم يأذن له في التوكيل انبى على جواز توكيله بدون إذن فإن أجزأه صح البيع وإلا فلا فيحتمل أن يكون مأخذ الصحة أن الوكيل الثاني وكيل للوكيل الأول ، ويدل عليه تعليله بذلك في صورة الاذن في مسئلة النكاح ويحتمل أن يعتبر أن توكيل لثلاث يتحد الموجب والتقابل مع أن هذا منتقض بالأب في مال ولده الطفل ، وأما رواية الجواز فاختلف في حكاية شروطها على طرق أحدها أنه يشترط الزيادة على الثمن الذي ينتهى إليه الرغبات في النداء وفي اشتراط أن يتولى النداء غيره وجبان وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل والثاني أن المشتراط التوكيل المجرد كما هي طريقة ابن أبي موسى والشيرازي والثالث أن المشتراط أحد أمرين إما أن يوكل من يبيعه على قولنا بجواز ذلك وإما الزيادة على ثمنه في النداء وهي طريقة قضاى في خلافه وأبى الخطاب ، وأما أن باع الوكيل واشترط على المشتري أن يشركه فيه قبل يجوز أم لا على روايتين . أحدهما يجوز نقلها أبو الحارث في الوكيل يبيع ويستثنى

لنفسه الشركة أرجو ألا يكون به بأس والثانية تكره نقلها ابن منصور في رجل يدفع إليه الثوب يبيعه فإذا باعه قال أشركني فيه قال أكره هذا فأما أن اذن له الموكل في الشراء من نفسه فإنه يجوز قال كثير من الأصحاب رواية واحدة بخلاف النكاح وحكى الشيخ محمد الدين فيه وجهاً آخر بالمنع قال وهل يكون حضور الموكل وسكوته كاذنه محتتمل وجهين أشبههما بكلام أحمد المنع، ونقل أحمد ابن نصر الخفاف عن أحمد فيمن له على رجل خمسون ديناراً فوكله في بيع داره ومتاعه ليستوفي حقه فباعها بديارم ليصارف نفسه ويأخذها بالدنانير لم يجوز ولكن يبيعها ويستقضى بها حقه قال القاضي ظاهر كلامه أنه لا يجوز له بيعها بغير جنس حقه ليستوفي منه لأن التهمة موجودة في عقد الصرف لنفسه من نفسه، وأما أذن له في الاستيفاء ولم يأذن له في المصارفة فإذا باعها بجنس حقه فله الاستيفاء منها بالأذن لأن يده ~~كيد~~ موكله فهو يقبض من يد غيره لنفسه لكن هذه العلة موجودة في شراء الموكل من نفسه وكذلك حكى في الخلاف في المستثنين روايتين وجعلها صاحب التلخيص رواية يجوز أن توكيل الوكيل في إيفاء نفسه من جنس حقه خاصة وأنكر الشيخ محمد الدين أن يكون فيها دلالة على المنع مدة البيع بغير جنس الحق لاسيما إن كان جنس الحق غير نقد البلد وحمل قول أحمد ببيعها على الدراهم التي هي الثمن وبني ذلك على قولنا بمنع الوكيل من البيع من نفسه فأما على قولنا بجوازه فإنه يجوز له هنا مصارفة نفسه

ومنها شراء الوكيل لموكله من ماله وحكمه حكم شراء الوكيل من مال موكله ذكره ابن أبي موسى وغيره وفي مسائل ابن هاني عن أحمد فيمن بعث إليه بديارم ليشتري بها من بعض المواضع فبعث إليهم بما عنده وبالع في الاستقصاء قال بما لا يعجبني أن يبعث إليهم بما عنده حتى يبين أنه قد بعث إليهم من المنافع الذي عنده

ومنها شراء الوصي من مال اليتيم وحكمه حكم شراء الوكيل وفيه روايتان منصوستان ولم يذكر ابن أبي موسى فيه سوى المنع وكذلك حكم الحاكم وأمينته في مال اليتيم ويتوجه التفريق بين الحاكم وغيره فإن الحاكم ولايته غير مستندة إلى إذن فيكون عامة بخلاف من أسندت ولايته إلى إذن من غيره في التصرف فإن إطلاق الإذن له يقتضي أن يتصرف مع غيره لا مع نفسه كما سبق وقد اعتمد القاضي على هذا الفرق بين تصرف الأب وغيره.

ومنها الوكيل في نكاح امرأة ليس له أن يتزوجا لنفسه على المعروف من المذهب وقد ذكر ابن أبي موسى أنه إن اذن له الولي في التوكيل فوكل غيره فزوجه صح وكذا إن لم يأذن له وقتلنا للوكيل أن يوكل مطلقاً فامان له ولاية بالشرع كالولي والحاكم وأمينته فله إن يزوجه نفسه وإن قلنا ليس

لهم أن يشتروا من المال ذكره القاضى فى خلافه وفرق بان المال القصد منه الربح وهذا يقع فيه التهمة بخلاف النكاح فان القصد منه الكفاة وحسن العشرة فاذا وجد ذلك صح والحق ايضا الوصى بذلك ، وفيه نظر فان الوصى يشبه الوكيل انصرفه بالاذن وسواء فى ذلك التهمة وغيرها صرح به القاضى فى ذلك وذلك حيث يكون لها اذن معتبر ومتى زوج احد من هؤلاء نفسه باذن المرأة من غير وكيل بل مباشرة لطرفى العقد قضى محته روايتان وان وكل فى أحد الطرفين فقال اكثر الاصحاب يصح رواية واحدة وانكر ذلك ابن عقيل وقال متى قلنا لا يصح أن يتولاه بنفسه لم يصح عقد وكيله له لأن وكيله قام مقام نفسه واستثنى من ذلك الامام اذا أراد أن يتزوج امرأة ليس لها ولى فانه يتزوجها بولاية أحد نوابه لان نوابه نواب عن المسلمين لا عنه فيها يخصه .

ومنها اذا عمل احد الشريكين فى مال الشركة عملا يملك الاستجار عليه ودفع الاجرة فهل له ان يأخذ الاجرة أم لا على روايتين (ومنها) الوصى اليه باخراج مال لمن يبيع أو يفرو وليس له أن يأخذه ويبيع به ويفزو نص عليه أحد فى رواية أبى داود وقال هو متعدي لانه لم يأمره وهذا تصريح بان مأخذ المنع عدم تناول اللفظ له (ومنها) المأذون له ان يتصدق بمال هل له أن يأخذ منه لنفسه اذا كان من أهل الصدقة والمذهب أنه لا يجوز ونص عليه أحمد فى رواية ابن بختان وذكر فى المغنى احتيالين آخرين : أحدهما الجواز مطلقا . والثانى الرجوع الى القرائن فان دلت قرينة على الدخول جاز الأخذ أو على عده لم يجوز ومع التردد يحتمل وجهين والجواز متخرج من مسألة شراء الوكيل وأولى إذ لا عرض هنا يتنبى وهو أمين على المال يتصرف فيه بالمصلحة ولكن الاولى سد الذريعة لأن عباة النفس لا يؤمن وعلى هذا قبل له أن يعطيه من لا تقبل شهادته له فيه وجهان : أشهرهما المنع والثانى الجواز اختاره صاحب المغنى والمحرر (ومنها) اذا وكل غريمه أن يبرىء غرماء لم يدخل فيهم بمطلق العقد فان سماه أو وكله وحده جاز ذلك كما قلنا فى البيع من نفسه على الأصح ذكره فى شرح الهداية وعزاه الى القاضى وابن عقيل قال والفرق على الوجه الآخر افتقار البيع الى الإيجاب والقبول بخلاف الإبراء

(ومنها) لو قال فى الأيمان ونحوها من التعليقات من دخل دارى أو قال من دخل دارك لم يدخل المتكلم فى الصورة الأولى ولا المخاطب بها فى الصورة الثانية ذكره القاضى وغيره

(ومنها) الاموال التى تجب الصدقة فيها شرعا للجهل بربابها كالنصوب والودائع لا يجوز لمن هو فى يده الأخذ منها على المنصوص وخرج القاضى جواز الاكل له منها اذا كان فقيرا على الروايتين فى شراء الوصى من نفسه كذا نقله عنه ابن عقيل فى فتوته وأفنى به الشيخ تقي الدين فى

الغاصب الفقير اذا تاب وعلى المذهب يتخرج في اعطاء من لا تقبل شهادته له الوجهان والمنصوص عن أحمد أنه لا يجابى به أصدقاؤه بل يعطيهم أسوة خيرهم نقله عنه صالح وكذا نقل عنه المروذى اذا دفعها الى أقارب له محتاجين ان كان على طريق المحاباة لا يجوز وان كان لم يجابهم فقد تصدق ونقل عنه حرب اذا كان له اخوان محاربين قد كان يصلهم لا يجوز له أن يدفعها اليهم فكانه استحب أن يعطى غيرهم وقال لا يجابى بها أحدا والظاهر أنه جعل اعطائهم مع اعتبار صلتهن محاباة فكذا ذلك استحب العدول عنهم بالسكينة

تنبيه - لو وصى لبعده بثلاث ماله دخل في الوصية ثلث العبد نفسه فيعتق عليه نص عليه ويكمل عتقه من باقى الوصية لأن ماله للوصية مشروط بعتقه فكذا ذلك دخل في عموم المال الموصى به ضرورة صحة الوصية له

﴿ القاعدة الحادية والسبعون ﴾

فيما يجوز الاكل منه من الأموال بغير إذن مستحقها وهى نوعان : مملوك تعلق به حق الغير ومملوك للغير . فاما الاول فهو مال الزكاة فيجوز الاكل مما تنوق اليه النفس ويشق الانكفاف عنه من الثمار بقدر ما يحتاج اليه من ذلك ويعطى الاهل والضيغان ولا يجتنب زكاته وكذلك يجب على الحارص أن يدع في خرصه اثنتان أو الربع بحسب ما يقتضيه الحال من كثرة الحاجة وقتلتها كما دلت عليه السنة فان استبقيت ولم تؤكل رطبة رجع عليهم بزكاتها ، وأما الزروع فيجوز الاكل منها بقدر ما جرت العادة بأكله فريكا ونحوه نص عليه وليس له الاهداء منها، وخرج القاضى فى الاكل منها وجهين ن الأصل من الزروع التى ليس لها حافظ . وأما الثانى فينقسم الى ماله مالك معين وإلى ماله، الك غير معين فاما ماله مالك غير معين كالمهدى والأضاحى فيجوز لمن هى فى يده وهو المهدى والمضحى أن يأكل منها ويدخر ويهدى كما دلت عليه السنة، وهل يجوز أكل أكثر من الثلث أم لا على وجهين أشهرهما الجواز ، وهل المستحب أن يقسم الهدى أثلاثا كالأضاحى أو يتصدق به كله أو بما يأكله منه على وجهين . واما ماله مالك معين فتوعان أحدهما أن يكون له عليه ولاية فان كانت الولاية عليه لحفظ نفسه كالرهن فانه يجوز له الأكل مما بيده ان كان داراً والانتفاع بظهره إذا كانت مركوبا لكن بشرط أن يعاوض عنه بالنفقة وإن كانت الولاية لمصلحة المولى عليه فالمنصوص جواز الاكل منه أيضا بقدر عمله ويتخرج على ذلك صور :

منها ولى اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله وهل يرد له إذا أيسر على رواتين واختار ابن عقيل

أنه يأكل كل مع الحاجة وعدمها ولو فرض له الحاكم شيئاً جاز له أخذه مجاناً بغير خلاف هذا ظاهر كلام القاضى ونص [عليه] أحد في رواية البرزاطى في الأئمة الحاشنة أنها لا تأكل من مال ولدها الا لضرورة الا أن يفرض لها الحاكم في المال حق الحضاة ووجهه أن من أعطاه غيره فله الاخذ مع الغنى بخلاف الاخذ بنفسه ولهذا أجاز للوصى الاخذ إذا شرط له الاب مع غناه وجاز للولى أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يعمل فيه بجزء من ربحه ولم يحز له اذا عمل فيه بنفسه أن يأخذ ولهذا الماعنى جاز الاخذ لعامل الزكاة مع الغنى لأن المعطى له [هو] الامام

ومنها أمين الحاكم أو الحاكم اذا نظر في مال اليتيم. قال القاضى مرة لا يأكل وافرقت بينه وبين الوصى لأن الاب له أن يجعل للوصى جملاً مع وجود متبرع بالنظر في مال اليتيم والولى متصرف بأذنه وتوليته بخلاف أمين الحاكم فإنه لو وجد متبرعاً بالحفظ لم يحز له أن يجعل لاجد جملاً عليه. وقال مرة له الأكل كوصى الاب وأخذه من نص احمد على أن الحاكم يأخذ على القضاء أجر بقدر شغله وقال هو مثل ولى اليتيم وأما الاب فقال القاضى ليس له الأكل لاجل عمله لفناه عنه بالنفقة الواجبة في ماله ولكن له الأكل منه بجهة التكليف عندنا وضعف ذلك الشيخ تقى الدين

ومنها ناظر الوقف والصدقات ونص احمد على جواز اكله فقله عنه أبو الحارث أنه قال في والى الوقف (١) إن أكل منه بالمعروف فلا بأس قيل له فيبقى منه دينه قال ما سمعنا فيه شيئاً وكذلك نقل عنه حرب في رجل أوصى الى رجل بارض أو صدقة للساكنين فدخل الوصى الحائض أو الارض فتناول بطيخة أو قنادا أو نحو ذلك قال لا بأس بذلك اذا كان القيم بذلك أكل. وترجم (٢) عليه بعض الأصحاب - وأظنه أبا حفص العكبرى - الوصى يأكل من الوقف الذى يليه وهذا ظاهر في أنه لا يشترط له الحاجة وخرجه ابو الخطاب على عامل اليتيم ونقل الميمونى عن أحمد أنه ذكر حديث عمر حين وقف فلوصى إلى حفصة ثم قال احمد وليه يأكل منه بالمعروف اذا اشترط ذلك ومفهومه المنع من الأكل بدون الشرط فاما الوكيل في الصدقة فلا يأكل منه شيئاً نقل يعقوب ابن بختان عن احمد في رجل في يده مال للساكنين وأبواب اللبر وهو فقير محتاج اليه فلا يأكل منه انما أمر أن يتفقد وصرح به القاضى في المجرد بان من أوصى اليه بتفرقة مال على المساكين أو دفع اليه رجل في حياته لا لفرقة صدقة لم يحز له أن يأكل منه شيئاً بحق قيامه (٣) لأنه مفقود وليس بعامل منم مشر ومنها الوكيل والاجير والمعروف منعهما من الأكل لاستغنائهما عنه بطلب الاجرة من المؤجر والموكل لاسيما والاجير قد أخذ الاجرة على عمله ونقل حنبل عن احمد في الولي

(١) في نسختنا: والى اليتيم الوقف (٢) وفيها: وترجم بتشديد الحاء (٣) في بحق ماله

والوصى يأكلان بالمعروف اذا كانا يصلحان ويقومان بأمره فأكلتا بالمعروف فلا بأس به بمنزلة الوكيل والأجير، قال القاضي في خلافه وظاهر هذا جواز الأكل للوكيل النوع الثاني مالا ولاية له عليه فيجوز الأكل منه للضرورة بلا نزاع وأما مع عدمها فيجوز فيما تنوق اليه النفوس مع عدم الحفظ والاحتراز عليه وذلك في صور

منها الأكل من الأطعمة في دار الحرب وأطعام الدواب المعدة للركوب فان كانت للتجارة ففيه روايتان وإن كانت للتصيد بها فوجهان. وسواء كان يحتاج اليه أو لم يكن في أشهر الطريقين وفي الثانية لا يجوز إلا للحاجة بقدرها وفي رد عوضها في المغنم روايتان وهي طريقة ابن أبي موسى واختلاف الأصحاب في محل الجواز فقيل محله ما لم يحوزه الامام فاذا أحرزه أو وكل به من يحفظه لم يجز الأكل الا للضرورة وهي طريقة الخرق لان أحراره منع من تناول منه وأما قبل الأحرار فان حفظه يشق ويتساح بمثله عادة وقيل يجوز الأكل ما داموا في أرض الحرب وإن أحرز ما لم يقسم وهي طريقة القاضي وإن فضلت منه فضلة فهل يجب ردها مطلقاً أو يشترط كثرها على روايتين ومنها اذا مر بثمر غير محوط ولا عليه ناظر فله أن يأكل منه مع الحاجة وعدمها ولا يحمل على الصحيح المشهور من المذهب ولا فرق بين المنساقط على الأرض وما على الشجر كما دلت عليه السنة وتزيلا لتركة بغير حفظ مع العلم بتوقان نفوس المارة اليه منزلة الاذن في الأكل منه لدلائله عليه عرفاً مع العلم بتساح غالب النفوس في بذل بسير الأطعمة بخلاف المحفوظ بناظر أو حائط فان ذلك بمنزلة المنع منه وفي المذهب رواية ثانية بجواز الأكل من المنساقط دون ما على الشجر لأن المسامحة في المنساقط اظهر ليسرع الفساد اليه ولم يثبتها القاضي ورواية ثالثة بمنع الأكل مطلقا لامع الحاجة فيؤكل حيثئذ بماذا بغير عوض وعلى المذهب المشهور هل يلحق الزرع ولبن المواشى بالنثار على روايتين فان الأكل من الزرع وحلب اللبن من الضرع انما يفعل للحاجة لا للشهوة

(القاعدة الثانية والسبعون)

اشتراط النفقة والكسوة في العقود يقع على وجهين معاوضة وغير معاوضة فاما المعاوضة فتقع في العقود اللازمة ويملك فيها الطعام والكسوة كما يملك غيرهما من الاموال المعاوض بها فان وقع التفاسخ قبل انقضاء المدة رجع بما جعل منها الا في نفقة الزوجة وكسوتها فان الرجوع بهما ثلاثة أوجه ثالثها يرجع بالنفقة دون الكسوة (فهي) الاجارة فيجوز استئجار الظئر بطعامها وكسوتها على الصحيح ومن الأصحاب من لم يجعل فيه خلافاً (ومنها) استئجار غير الظئر من الاجراء بالطعام والكسوة.

وفيه روايتان اصحهما الجوار كالظائر (ومنها) البيع فلو باعه ثوباً بنفقة عبده شهر أصح ذكره القاضي في خلافه (ومنها) النكاح تقع النفقة والكسوة فيه عوضاً عن تسليم المنافع ولا يحتاج إلى شرطها في العقد كما لا يحتاج فيه إلى ذكر المهر الذي يحصل به أصل الاستباحة ولو شرطت عليه نفقة ولدها وكسوته صح وكان من المهر، وأما غير المعاوضة فهو إباحة النفقة للعامل ما دام متلبساً بالعمل ويقع ذلك في العقود الجائزة أما بأصل الأصل أو لانه لا يجوز المعاوضة فيه بالشرع ويندرج تحت ذلك صور (منها) المضاربة فيجوز اشتراط المضارب النفقة والكسوة في مدة المضاربة (ومنها) الشركة (ومنها) الوكالة (ومنها) المساقاة والمزارعة إذا قلنا بعدم لزومها وما بقي معهم من النفقة المأخوذة والكسوة بعد فسخ هذه العقود هل يستقر ملكتهم عليه أم لا يحتمل أن لا يستقر لأن ما يتناولها هو على وجه الإباحة لا الملك، ولهذا قال الأصحاب إذا اشترط المضارب التسرى من مال المضاربة فاشترى أمة منه ملكها ويكون بمنها قرصاً عليه لأن الوطء لا يستباح بدون الملك بخلاف المال فإنه يستباح بالبذل والإباحة كما يستباح المرتين الاتضاع بالرهن بشرطه في عقد البيع نص عليه أحمد ويكون لإباحة وأشار أبو بكر عبد العزيز إلى رواية أخرى يملك المضارب الأمة بغير عوض وعلى هذا فيحتمل أن تكون النفقة والكسوة تمليكاً فلا يرد ما فضل منهما ويحتمل أن يفرق بين اليسير والكثير كما في المأخوذ من المغنم (ومنها) إذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليحج عنه فإنه عقد جائز والنفقة فيه إعانة على الحج لا أجرة وينفق على نفسه بالمعروف إلى أن يرجع إلى بلده وإن فضلت فضلة ردها نص عليه وكذا إن كانت الحجة عن الميت بأن تكون حجة الإسلام أو أوصى بأن يحج عنه فإن فاضل النفقة يسترده الورثة إلا أن يعين الموصى في وصيته إعطاء مقدار معين لمن يحج عنه حجة فإن الفاضل يكون له في المعروف من المذهب ونقل ابن منصور عن أحمد إذا قال حجوا عني بالف [درهم] حجة يحج عنه حجة وما فضل يرد إلى الورثة، وهذا يدل على أنه لا يجوز أن يدفع إلى من يحج أكثر من نفقته ولم يجعل الباقي وصية لأن الحاج هنا غير معين فلا تصح الوصية له بخلاف ما إذا كان معيناً ووجه المذهب أن الموصى له يتعين بحجة فيصير معلوماً وإن قال حجوا عني بالف ولم يقل حجة فالمذهب أنها تصرف في حجة بعد أخرى حتى تنفذ، وحكي بن أبي موسى رواية أخرى أنه يحج عنه حجة واحدة بنفقة المثل والباقي للورثة (ومنها) إذا أخذ الحاج من الزكاة ليحج به فإنه يجوز بناء على قولنا أن الحج من السبيل فإن حج ثم فضلت فضلة قبل يسترد أم لا الأظهر استردادها كالوصية وأولى لأن هذا المال يجب صرفه في مصارفة المعينة شرعاً ولا يجوز الاختلال بذلك بخلاف فاضل الوصية فإن الحق فيه للورثة ولهم تركه (١) وقياس قول الأصحاب في الغازي أنه لا يسترد

وظاهر كلام أحمد في رواية الميموني أن الدابة لا تسترد ولا يلزم مثله في النفقة لأن الدابة قد صرفت في سبيل الله بخلاف فاضل النفقة ويملكها بخروجهم بلاءه بخلاف الغازي نص [عليه أحمد] في رواية الميموني وعلل بأنه من حين يخرج فهو ابن سبيل له حق في الزكاة والغازي إنما أعطى للغزو فلا يملك بدونه وهذا يرجع إلى أن من أخذ بسبب فانتفى وخلفه سبب آخر مبيح للأخذ إن له الامساك بالسبب الثاني وفيه خلاف بين الأصحاب

ومنها إذا أخذ الغازي (١) نفقة أو فرسا ليغزوا عليها فانه يجوز ويكون عقدا جائزا لا لازما وهو اعانة على الجهاد لاستتجار عليه فان رجع والفرس معه ملكها مالم يكن وقفا أو عارية نص عليه أحمد ولا يملكها حتى يغزو. وقال القاضي في خلافه ويكون تملكها بشرط ومنه أنه تملك مرابا بشرط الغزو فان غزا تبتا أنه ملكه بالقبض فان قاعدة المذهب أن الهبة لا تقبل التعليق وكذلك عقود الماوضات وإن فضل معه من الكسوة فهو كالفرس وإن فضل من النفقة ففيه روايتان : إحداهما يملكها أيضا نقاهها على بن سعيد . والثانية يردها فضل في الغزو إلا أن يؤذن له في الاستعانة به في غزوة أخرى نقاهها حنبل ، والفرق بين النفقة وغيرها أن الدابة قد صرفت في سبيل الله واستعملت فيه وكذلك الكسوة يحصل المقصود بها بخلاف ما فضل من النفقة فاما أن أخذ من الزكاة ثم فضلت فضلة فقال الحرقى والاكترون لا تسترد وحكى صاحب المحرر وغيره وجهين وقد قدمنا الفرق بين مال الزكاة وغيره ، ونص أحمد في رواية المروذي على أن الدابة تكون له ولا يلزم مثله في النفقة لما قدمنا

﴿القاعدة الثالثة والسبعون﴾

اشتراط نفع أحد المتعاقدين في العقد على ضربين : أحدهما أن يكون استتجاراً له مقابلاً بمعرض فيصح على ظاهر المذهب بأشتراط المشتري على البائع خياطة الثوب أو قصارته أو حمل الخطب ونحوه ، ولذلك يزداد به الثمن. والثاني أن يكون إلزاماً له لما لا يلزمه بالعقد بحيث يجعل له ذلك من مقتضى العقد ولوازمه مطلقاً ولا يقابل بمعرض فلا يصح وله أمثلة :

منها اشتراط مشتري الزرع القائم في الأرض حصاده على البائع فلا يصح ويفسد به العقد ذكره الحرقى وحكى ابن أبي موسى في فساد به وجهين لأن حصاد الزرع قد يتوهم أنه من تمام التسليم الواجب كما ظنه بعض الفقهاء (ومنها) اشتراط أحد المتعاقدين في المساهمة والمزارعة

على الآخر ما لم يازمه بمقتضى العقد فلا يصح وفي فساد العقد به خلاف ويتخرج صحة هذه الشروط أيضاً من الشروط في النكاح وغيرها وهو ظاهر كلام أكثر المتأخرين ولذلك استشكلوا مسألة الحرق في حصاد الزرع (ومنها) شرط إيفاء المسلم فيه في غير مكان العقد وحكي في صحته روايتان والمنصوص عن أحمد فساد في رواية منها وأما إليه في رواية ابن منصور وقال [ابن منصور] ليس في حديث النبي صلى الله عليه وسلم تسمية المكان يشير بذلك إلى أن السلم يشترط فيه أن يذكر في العقد أو صاف المسلم فيه قدره وزمان محله كما دل عليه الحديث وليس فيه ذكر مكان إيفائه فاشتراط ذكر مكانه يوم أن ذلك من جنس ما ذكر زمانه وأنه مستحق بنفس العقد بخلاف غيره من البيوع التي لا يذكر في عقودها شيء من ذلك

(القاعدة الرابعة والسبعون)

فيمن يستحق العوض عن عمل بغير شرط وهو نوعان : أحدهما أن يعمل العمل ودلالة حاله تقتضي المطالبة بالعوض. والثاني أن يعمل عملاً فيه غناء عن المسلمين وقيام بمصالحهم العامة أو فيه استفاد مال معصوم من الهلكة. أما الأول فيندرج تحته صور كثيرة كاللأح والمكاري والحجام والقصار والخطاط والدلال ونحوهم من يرصد نفسه للتكسب بالعمل، فإذا عمل استحق أجره المثل وإن لم يسمى له شيء نص عليه وأما الثاني فيدخل تحته صور :

منها من قتل مشركاً في حال الحرب مغرراً بنفسه في قتله فإنه يستحق سلبه بالشرع لا بالشرط في أصح الروايتين (ومنها) العامل على الصدقات فإنه يستحق أجره عمله بالشرع. قال أحمد في رواية صالح العاملين عليها الذين جعل الله لهم الثمن في كتابة السلطان وقال في رواية حنبل لهم الذي يراه الإمام وظاهر هذا أن يجب ذلك له بالشرع إما مقدراً أو غير مقدراً والولى يأخذ بنفسه وقد أمره الله بالاستغفار مع الغنى وأيضاً فأموال الزكاة حق لنير معين بخلاف مال اليتيم وأيضاً فالزكاة يستحقه جماعة من الغنى فالعامل الذي حصل الزكاة وجباها أولى وأيضاً فالعامل هو الذي جمع المال وحصله بخلاف ولى اليتيم وذكر القاضي في الأحكام السلطانية أن قياس المذهب أن العامل لا يستحق إذا لم يشترط له جعل إلا أن يكون معروفاً بأخذ الأجرة على عمله والأول أصح لأن حقه ثابت بالنقض فهو كجعله رد الباقي وأولى لو ردد القرآن به (ومنها) من رد أبقاع على مولاه فإنه يستحق على رده جعلاً بالشرع سواء شرطه أو لم يشترطه على ظاهر المذهب وفيه أحاديث مرسلة وآثار والمعنى فيه الحث على حفظه على سيده وصيانة العبد عما يخاف من لحاقه بدار الحرب والسعى في الأرض بالفساد ولهذا المعنى اختص الوجوب برد الباقي [دون غيره من الحيوان والمتاع وسواء كان معروفاً

برد الاياق [(١) أو لم يكن إلا السلطان فانه لا شيء له نص عليه في رواية حرب لاتصا به
 للبصالح وله حق في بيت المال على ذلك وكذلك لم يكن له الاكل من مال اليتيم كما سبق
 (ومنها) من أقتد مال غيره من التاف كن خالص عبد غيره من فلاة مهلكة أو متاعه من موضع
 يكون هلاكه فيه محققاً أو قريبا منه بالبحر وفم السبع فص احمد على وجوب الاجرة له في المتاع
 وذكره القاضي وابن عقيل وصاحب المنى في العبد أيضاً وحكى القاضي فيه احتياط بعدم الوجوب
 كالقطة وأورد في المجرّد عن نص احمد فيمن خلص من فم السبع شاة أو خروفاً أو غيرها فهو للمالك
 الاول ولا شيء للخلص والصحيح الاول لأن هذا يخشى هلاكه وتلفه على ماله بخلاف القطة
 وكذلك لو انكسرت السفينة فخلص قوم الاموال من البحر فانه يجب لهم الاجرة على الملاك
 ما ذكره في المنى لأن فيه حثاً وترغيباً في إقاذ الاموال من التهلكة فان النواص إذا علم أنه يستحق
 الاجرة غرر بنفسه وبأدر إلى التخليص بخلاف ما إذا علم أنه لا شيء له فهو في معنى رد الايق وفي
 مسودة شرح الهداية لابي البركات: وعندي أن كلام احمد على ظاهره في وجوب الاجرة على تخليص
 المتاع من المالك دون الادمي لأن الادمي أهل في الجملة لحفظ نفسه وفيه نظر وقد يكون صغيراً أو
 عاجزاً وتخليصه أم وأولى من المتاع وليس في كلام احمد تفرقة فاما من عمل في مال غيره على غير
 ما ذكرنا فاعلم عرف من المذهب أنه لا أجرة له ونقل أبو جعفر الجرجاني عن احمد في رجل عمل في
 قناة رجل بغير إذنه فقال لهذا الذي عمل نفقته إذا عمل ما يكون مصلحة لصاحب القناة وهذه
 تتخرج على أصليين : أحدهما أن القاصب يكون شريكاً بآثار عمله . والثاني أن يجبر على أخذ قيمة
 آثار عمله من المالك لتملكها عليه وخرج القاضي في خلافه بأن يكون شريكاً بآثار عمله اذا
 زادت به القيمة وذكر نص أحمد في العمل في القناة من رواية حرب وابن هاني . وتبعه على ذلك
 جماعة من الأصحاب وحمل ابن عقيل في مفرداته هذه النصوص على أن العامل هنا في القناة كان
 شريكاً فيها وليس في المنصوص شيء يشعر بذلك ومن الأصحاب من أقر النصوص على ظاهرها
 وجعل هذا الحكم مطرداً في كل من عمل عملاً كثيراً فيه مصلحة له وهو محتاج اليه كحصار زرعه
 والاستخراج من معدنه ونحو ذلك تحريجاً من العمل في القناة ومنهم الحارثي وكانهم جعلوه بمنزلة
 تصرف الفضولي فللمالك حيثذ أن يمضيه ويرد عوضه وهو أجرة المثل وله أن لا يمضيه فيكون
 العامل شريكاً بالعمل وقد قال القاضي في بعض تعاليقه وقرأته بخطه في الأجبر إذا عمل في العين
 المستأجر عليها دون ما شرط عليه أن المالك يخير ان شاء رد عمله وأخذ الاجرة وصار الاجير

شريكا بعمله وان شاء قبل العمل ورجع على الاجير بالارش وذكر نصر أحمد في رواية الميموني بالرجوع بالارش ثم حمله على أنه كان قد رضى بالعمل . وقال القاضى في خلافه : قياس المذهب اذا لم يأت الحائلك بالتوب على الصفة المشروطة ان شاء ضمنه قيمة الغزل ولا أجرة له وان شاء ضمنه قيمته منسوجا وعليه الأجرة ، وتكون الأجرة ههنا بما زاد على قيمة الغزل . ثم ذكر رواية الميموني هذه وقال هي محمولة على أن صاحب الثواب اختار تقويمه معمولا والتزم قيمة الصنعة التي هي دون التي واقفه عليها وهذا الذى قاله بعيد جدا أن يضمن المالك الصانع قيمة الثوب مع بقائه ولا يصح حمل كلام أحمد على ما قاله لأن أحد قال ينظر ما بينهما فيرجع به على الصانع ، وهذا تصريح بالرجوع عليه بالارش خاصة وايضا فلو غصب غزلا ونسجه لم يملك المالك التزامه به ويطلبه بالقيمة فكيف يملك مطالبة الاجير بذلك ، وذكر ابن عقيل في هذه المسألة أن المالك يملك استرجاع الأجرة المسماة ودفع أجرة المثل ثم ذكر احتمالا بالرجوع بالارش كما هو المنصوص واقفه اعلم . ومتى كان العمل في مال الغير انقادا له من التالف المشرف عليه كان جائزا كذب الحيوان المأكول اذا خيف موته صرح به صاحب المغنى ويفيد هذا أنه لا يضمن ما غصص بذبحه

(القاعدة الخامسة والسبعون)

فيمن يرجع بما انفق على مال غيره بغير اذنه وهو نوعان : احدهما من أدى واجبا عن غيره . والثاني من انفق على ما تعلق به حقه من مال غيره ، فاما النوع الاول فينـدرج تحته صور : (منها) اذا قضى عنه ديننا واجبا بغير اذنه فانه يرجع به عليه في اصح الروايتين وهى المذهب عند الحنفى وأبى بكر والقاضى والاكثرين ، واشترط القاضى أن ينوى الرجوع ويشهد على نيته عند الاداء فلو نوى التبرع أو اطلق النية فلا رجوع له واشترط ايضا أن يكون المدين متمتعا من الاداء ، وهو يرجع الى ان لا رجوع الاعتد تعدر اذنه وخالف في ذلك صاحب المغنى والمحرر وهو ظاهر الخلاف للقاضى في المجرد والاكثرين وهذا في ديون الأدميين . فأما ديون الله عز وجل كالزكاة والكفارة فلا يرجع بها من أدامها عنى هي عليه ، وعلل القاضى ذلك بان اداها بدون اذن من هى عليه لا يصح لتوقها على نيته وبازم على هذا لو حجج رجل عن ميت بدون اذن وليه وقتلنا يصح أو أعتق عنه في نذر أو اطعم عنه في كفارة وقتلنا يصح ان له الرجوع بما انفق لسقوط اعتبار الاذن هنا ويكون كأداء أحد الخليطين الزكاة من ماله عن الجميع (ومنها) لو اشترى اسيرا مسلما حرا من اهل دار الحرب ثم أطلقه أو أخرجه الى دار الاسلام فله الرجوع عليه بما اشتراه به سواء اذن له

أول ما بذن لأن الأسير يجب عليه اقتداء نفسه ليتخلص من الأسر فإذا فداء غيره فقد أدى عنه واجبا رجع به عليه. وأكثر الأصحاب لم يحكوا في الرجوع هنا خلافاً وحكى القاضي في كتاب الروايتين فيه رواية أخرى يتوقف الرجوع على الإذن. وهل يعتبر للرجوع مهنية أم يكفي إطلاق التنية على وجهين: أحدهما تعتبر نية الرجوع اقتضاء الديون وهو ظاهر كلام القاضي. والثاني يرجع مالم ينو التبرع وبه جزم في المحرر للأثر المروى عن عمر رضى الله عنه. ولأن انفكاك الأسرى مطلوب شرعا فغير غريب فيه توسعه طرف الرجوع لثقل الرغبة فيه (ومنها) نفقة الرقيق والزوجات والأقارب والبهائم إذا امتنع من يجب عليه النفقة فانفق عليهما غيره بنية الرجوع فله الرجوع كقضاء الديون ذكره القاضي في خلافه وابن عقيل في مفرداته (ومنها) لو اتفق على عبده الآبق في حالرده إليه فإنه يرجع بما اتفق نص عليه وجزم به الأكثرون من غير خلاف فإنه يستحق جعلاً على الرد عوضاً عن بذله منافع فلا ينبغي له العوض عما بذله من المال في رده أولى، واشترط أبو الخطاب وصاحب المحرر المعجز عن استئذان المالك وضعفه صاحب المغنى ولا يتوقف الرجوع على تسليحه فلو أبق منه قبل ذلك فله الرجوع بما اتفق عليه نص عليه أحمد في رواية عبد الله وصرح به الأصحاب وكذلك حكم المنقطع بمهلكة وحكى أبو بكر وابن أبي موسى في الرجوع بنفقته روايتين، ولو أراد استخدامه بدل النفقة ففى جوازه روايتان حكاهما أبو الفتح الحلواني في الكسفاية كالعبد الموهون (ومنها) نفقة اللقطة حيواناً كانت أو غيره مما يحتاج في حفظه إلى مؤنة وإصلاح فإن كانت باذن حاكم رجع بها لأن اذنه قائم مقام إذن العائب وإن لم يكن باذنه ففيه الروايتان. ومنهم من يرجع هاهنا عدم الرجوع لأن حفظها لم يكن متعيناً بل كان بخير آيينه وبين بيعها وحفظ نمنها وذكر ابن أبي موسى أن المنقطع إذا اتفق غير مطوع بالنفقة فله الرجوع بها وإن كان محتسباً فى الرجوع روايتان (ومنها) نفقة اللقيط خرجها بعض الأصحاب على الروايتين، ومنهم من قال يرجع هنا قولاً واحداً وإلى ميل صاحب المغنى لأن له ولاية على المنقطع ونص أحمد أنه يرجع بما أنفق على بيت المال (ومنها) الحيوان المودع إذا اتفق عليه المستودع ناوياً للرجوع فإن تعذر استئذان مالكه رجع وإن لم يتعذر فطريقان: أحدهما أنه على الروايتين في قضاء الدين وأولى لأن الحيوان حرمة في نفسه فوجب تقديمه على قضاء الديون أحياناً وهى طريقة صاحب المغنى. والثانية لا يرجع قولاً واحداً وهى طريقة المحرر ومتابعة لأبي الخطاب لكن من اعتبر الرجوع في قضاء الدين بعذر الإذن فهنا أولى وأما من لم يعتبر ذلك في الدين واعتبره هنا فالفرق أن قضاء الدين فيه براء لذمته وتخليص له من الغريم وهما اشتغال لذمته بدين لم تكن مشغلة به وهو ضعيف وينتقص بنفقة الأقارب كما تقدم فإن

المطالبة هنا متوجهة من الحاكم بالزامه فقد خلصه من ذلك وجعل براءته منه وقضاء الدين لم تبرا به. ذمته بالكلية بل هي مشغولة بدين المؤدى عنه أيضا فان الاذن في الاتفاق على الحيوان الموثق عليه عرفي فينزل منزلة اللفظي (ومنها) نفقة طائر غيره اذا عشن في داره قال أحد في رواية المروزي في طيرة أفرخت عند قوم من الجيران فالفراخ تتبع الأم يردون على أصحابها فان كان قد علف الفراخ مدة مقامها في يده متطوعا لم يرجع وان لم يتطوع يحسب بالنفقة أخذ من صاحبها ما اتفق ولم يفرق بين إمكان الاستئذان وعدمه، وخرج القاضى رواية أخرى بعدم الرجوع بكل حال من نظيرتها في المرتن وغيره

وأما النوع الثاني وهو ما يرجع فيه بالاتفاق على مال غيره لتعاق حقه به فله صور (منها) اتفاق أحد الشريكين على المال المشترك مع غيبة الآخر أو امتناعه قال أحد في رواية أبي القاسم في رجلين بينهما أراض أو دار أو عبد يحتاج الى أن ينفق على ذلك فيأبى الآخر. قال ينظر في ذلك فان كان يضر بشريكه ويمتنع بما يجب عليه الرم ذلك وحكم به عليه ولا يضر بهذا ينفق ويحكم به عليه. ويتفرع على هذه المسئلة فروع من جعلها اذا كان بينهما حائط مشترك أو سقف فانهدم وطلب أحدهما أن يبني الآخر معه فالمذهب أنه يجبر على ذلك، وفيه رواية أخرى لا يجبر فيه فينرد الطالب بالبناء ويمتنع الشريك من الانتفاع حتى يأخذ منه ما يخص حصته من النفقة نص عليه. لأن من جاز له البناء في ملك غيره لم يكن متبرعا كالوصى والحاكم في ملك اليتيم.

ومن صور النوع إذا جنى العبد المرهون قعداه المرتن بنير اذن الراهن، قال أكثر الأصحاب كالقاضي وابن عقيل وأبى الخطاب وغيرهم إن لم يتعذر استئذانه فلا رجوع وإن تعذر خرج على الخلاف في نفقة الحيوان المرهون لأن القداء هنا لمصلحة الرهن واستبقائه وهو واجب على الراهن لحق المرتن. وقال صاحب المحرر: لا يرجع بشئ. وأطلق لأن المالك لم يجب عليه الاقتداء هنا، وكذلك لو سلمه لزامه قيمته لئلا يكون رهنًا وقد وافق الأصحاب على ذلك وإنما خالف فيه ابن أبي موسى ومنها مؤنة الرهن من كرى عجزته وأصلاحه وتشميسه ونحو ذلك لا يلزم الراهن إذا قام بها المرتن بدون اذنه مع تعذره فهي جارية بحرى نفقة الحيوان المرهون على ما سبق صرح به الأصحاب لأن ذلك مما لا بد منه لحفظ مالية الرهن فصار واجبا على الرهن للعلاقة حق المرتن ومنها لو خربت الدار المرهونة فعمرها المرتن بنير اذن قال القاضى في المجرد وصاحب المغنى والمحرر لا يرجع إلا بأعيان آلته لأن بناء الدار لا يجب على المالك، والمجزم به في الخلاف الكبير للقاضى أنه يرجع لانه من مصلحة الرهن. وقال ابن عقيل يحتمل عنيدي أنه يرجع بما

ينحفظ به أصل مائة الدار لحفظ وثيقة لانها نفقة لحفظ مائة وثيقة وذلك غرض صحيح انتهى، ولو قيل ان كانت الدار بعد ما خرب منها عجز قيمة الدين الموهون [به] لم يرجع لانه لا حاجة له الى عمارتها حينئذ وان كانت دون حقه أو وفق حقه ويخشى من تداعيا للخراب شيئا فشيئا حتى تنقص عن مقدار الحق فله أن يعمر ويرجع المكان مسجدا (١) ومنها عمارة المستأجر في الدار المستأجرة ولا يرجع بها نص عليه احد في غلق الدار اذا عمله الساكن ويحتمل الرجوع بناء على مثله في الرهن، ولكن حكى صاحب التلخيص أن المؤجر يجبر على الترميم باصلاح منكسر واقامة مائل فاما تجديد البناء والاخشاب فلا يلزمه لانه اجبار على تسليم عين لم يتناولها العقد وللمستأجر الخيار، قال ويحتمل أن يلزمه التجديد انتهى. فملى [القول] الاول لا يمكن القول برجوع المستأجر بما اتفق على التجديد وعلى الثاني يترجه الرجوع

(فصل) وقد يمتنع النوعان في صور فيؤدى عن ملك غيره واجبا يتعلق به حقه وفي ذلك طريقان أحدهما أنه على روايتين وهى طريقة الاكثرين والثاني يرجع ههنا رواية واحدة وهى طريقة القاضى في خلافه فمن ذلك أن بنفق المرتن على الرهن باطعام أو كسوة إذا كان عبداً أو حيوانا ففيه الطريقان أشهرهما انه على الروايتين كذلك وقال القاضى في المجر د والروايتين وأبو الخطاب وابن عقيل والاكثرون والمذهب عند الأصحاب الرجوع ونص عليه احد في رواية أبي الحارث، وكذلك نقل عنه ابن القاسم وأبي هاني أنه يركب ويحلب بقدر نفقته، ولم يعتبر إذا كان عليه النص الصحيح وأيضا فلاذن في الاتفاق ههنا عرفى فيقوم مقام اللفظى وبالمرتن اليه حاجة لحفظ وثيقته نصاركنا أحد الشريكين الحائظ المشترك، ونقل [عنه] ابن منصور، فيمن ارتن دابة فعلقها بنيران صاحبها فالعلف على المرتن من أمره أن يعلف وكذلك نقل عنه مينا في كفن العبد الموهون لكن الكفن من النوع الاول، وهذه الرواية ظاهرة ما أورده ابن ابى موسى وحمل القاضى في كتاب الخلاف هذا النص على ان الرهن كان حاضرا واما استئذناه وعلف بدون اذن وقد صرح القاضى بأن الرجوع مشروط بتعذر الاستئذان (٢) واعتبر صاحب المحرر في لزوم نفقة الاقارب

(١) في نسختي الدار لكان متوجها

(٢) كتب بهامش نسختنا بازاء هذا الموضع مانصه : نفقة الاقارب، وكتب بهامش ٧١٢ مانصه : قوله واعتبر صاحب المحرر في لزوم نفقة الاقارب الى قوله بدون فرض الحاكم لها عمله في آخر سطر في هذه الصفحة (يريد صفحات الاصل) بعد قوله . ولم يعتبر اذن الحاكم، وقوله بعد ذلك وكذلك ابو الخطاب وابن عقيل وصاحب المحرر يلى قوله قبل قوله واعتبر صاحب المحرر

أن يستدان عليه باذن الحاكم مع قوله إنها لا تلزم بفرض الحاكم وفيه نظر، وفي الترغيب ليس لغیر الاب الاستقراض إلا باذن الحاكم حتى ولا للزوجة في حقها وحق ولدها الصغير، وإنما للزوجة الاخذ من مال زوجها المومر عند الامتناع اذا قدرت على قدر كفايتها وحكي في أخذها لولدها وجهين قال وليس لها الاتفاق على الطفل من ماله لو كان له مال بدون إذن وليه لا تنفاه ولا يتها عليه، وهذا كله مخالف لظاهر كلام احمد المتقدم ولقواعد المذهب فان المذهب انها تأخذ لنفسها ولولدها ونص احمد على انها تقبض الزكاة لولدها الطفل وقد سبق قول القاضي وغيره أن من افق على اقارب غيره الذين يلزمه (١) نفقتهم فانه يرجع بذلك عليه كما يرجع بقضاء الدين الواجب عليه وذكر ابن ابي موسى أن الزوجة اذا استدانت على زوجها نفقة المثل مع قبضته فانه ترجع عليه ولم يعتبر اذن حاكم مع أنه لم يحك خلافا في سقوط نفقة [الزوجة بناءً على انها لا تسقط بمعنى الزمان في اشهر الروايتين] (٢) بمعنى الزمان بدون فرض الحاكم لها (٣) وكذلك ابو الخطاب وابن عاتل وصاحب المحرر مع انه وافق طريقة الخلاف في الرجوع قولاً واحداً بخلاف ما ذكره في الصبيان وضعف صاحب المغني اعتبار الاذن طرداً لما ذكره في الصبيان (ومنها) اذا هرب الجبال وترك الجبال فأفق عليها المستأجر بدون إذن حاكم فهي الرجوع الروايتان ومقتضى طريقة القاضي أنه يرجع رواية واحدة ثم ان الأكثرين اعتبروا هنا استدنان الحاكم بخلاف ما ذكره في الرهن واعتبروه أيضاً في المودع واللقطة وفي المغني إشارة إلى التسوية من الكل في عدم الاعتبار وان الاتفاق بدون إذنه يخرج على الخلاف في قضاء الدين، وكذلك اعتبروا الاشهاد على نية الرجوع وفي المغني وغيره وجه آخر انه لا يعتبر وهو الصحيح (ومنها) اذا هرب المساق قبل تمام العمل استؤجر عليه من يتمه والحكم فيه كالجبال إلا أن للمالك الفسخ ولو قلنا بلزوم المساقاة لتعذر استيفاء المعقود عليه (ومنها) إذا غاب الزوج فاستدانت الزوجة النفقة على نفسها وأولادها الصغار نفقة المثل من غير زيادة فانها ترجع بذلك نص عليه في رواية أبي زرعة الدمشقي ولم يعتبر إذن الحاكم (٤) (ومنها) اذا اعاره شيئاً ليرهنه ثم افكته المير بقضاء الدين فانه يرجع هنا قولاً واحداً على ظاهر كلام القاضي (ومنها) لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت ليزول تعلقه بالتركة فانه يرجع أيضاً ولم يذكر القاضي فيه خلافاً وهذه المسئلة والتي قبلها قد لا يتردد فيها الخلاف لأن الاتفاق هنا لاستصلاح ملك المنفق فهو كافئ الشريك على عارة الحائط يرجع

(١) في د: يلزم (٢) الزيادة عن ٧١١ كتبت بالهامش (٣) هنا آخرها أشير اليه على هامش ٧١٢
(٤) يلاحظ أن هذه الفقرة تقدمت في السطر الثامن معزوة لابن أبي موسى

به بغير خلاف وإنما الخلاف إذا كان الاتفاق لاستصلاح ما تعلق به حق المنفق إلا أن الأصحاب صرحوا باطراد الخلاف في صورة المساقاة مع تعلق الاستصلاح فيها بدين (١) مال المنفق

(القاعدة السادسة والسبعون)

الشريكان في عين مال أو منفعة إذا كانا محتاجين الى رفع مضرة أو إبقاء منفعة أجبر أحدهما على موافقة الآخر في الصحيح من المذهب وفي رواية أخرى إن أمكن أحدهما أن يستقل بدفع الضرر فله ولم يجبر الآخر معه لكن إن أراد الآخر الانتفاع بما فعله شريكه فله منعه حتى يعطيه حصة ملكه من النفقة فإن احتاجا الى تجديد منفعة فلا اجبار ويندرج تحت ذلك صور:

(منها) إذا تهدم الحائط المشترك فالمذهب اجبار الممتنع منهما بالبناء مع الآخر نص عليه في رواية جماعة فإن الاجبار هنا من جنس المعاوضة في الأموال المشتركة واجبة لدفع الضرر بالاتزاع بالشفعة وبيع مالا يمكن قسمته والمعنى (٢) فيه أن المالك مستحق الانتفاع بملكه ويجب على شريكه تمكينه منه فإذا دار الأمر بين تعطيل الحق بالكلية وبين المعاوضة عليه فالمعاوضة عليه أولى لأنه يرجع فيها الى الانتفاع بالبدل بخلاف التعطيل وأما الرواية الثابتة بعدم الاجبار فهي مأخوذة من نص أحمد على عدم الاجبار في بناء حيطان السفلى إذا كان العلو لآخر وانهدم الكل انه لا يجبر صاحب العلو على البناء مع صاحب السفلى في السفلى والفرق واضح لأن السفلى ملكه مختص بصاحبه بخلاف الحائط المشترك ولذلك عقد الخلال لكل واحد منهما بابا وذكر النص بالاجبار في الحائط والنص بانتفائه بالصورة الأخرى وعلى تقدير ثبوت هذه الرواية في الحائط فللشريك الاستبعاد بينائه من ماله بغير إذن حاكم وصرح القاضي في خلافه واعتبر في المجرى استئذان الحاكم ونص أحمد على انه يشهد على ذلك ، وله منع الشريك الآخر من الانتفاع بما كان له عليه من الحقوق إن أعاده بآلة جديدة من ماله وإن أعاده بآلة الأولى ففيه وجهان : أحدهما ليس له المنع لأنه عين ملكهما المشترك وهو قول القاضي في المجرى وابن عقيل والأكثرين. والثاني له المنع حتى يأخذ نصف قيمة التالف لأنه متقوم حيث وقع ما "ذونا فيه شرعاً" وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى والقاضي في خلافه وجزم به صاحب المحرر وحكمه صاحب التلخيص عن بعض متأخري الأصحاب وإذا أعاده بآلة جديدة وانفق على دفع القيمة جاز ، لكن هل المدفوع نصف قيمة البناء أو نصف ما انفق عليه ذكر القاضي في خلافه فيه روايتين مأخوذتا من ذلك من باب الرجوع بما انفق على ملكه بإذن معتبر أو هو

معاوضة عن ملك الثاني كضمان سراية العتق والاستيلاد وإن امتنع الثاني من القول وطلب رفع البناء من أصله ليعيده من مالها فقد يتخرج على هذا البناء فإن قلنا هو رجوع بما اتفق على ملكه لم يكن له الامتناع وإن قلنا هو معاوضة فله ذلك وفي المجرد والقصول البناء على الاجبار ابتداء وعدمه فإن قلنا يجبر أجبر هنا على التيقية والا فلا وقد يقال هو معاوضة سواء كان بالقيمة أو بالنفقة كما أن زرع الفاصب يعاوض عنه بالقيمة على رواية وبالتفقة على أخرى والاجبار على المعاضات لازالة الضرر غير مستبعد فإن قيل فعندكم لا يجوز للجار منع جاره من الانتفاع بوضع خشبة على جداره فكيف منعتم هنا قلنا إنما منعناها هنا من عود الحق القديم المتضمن ملك الانتفاع قهراً سواء كان محتاجاً إليه أو لم يكن ، وأما التمكن من الوضع للارتفاق فذلك مسألة أخرى وأكثر الأصحاب يشترطون فيها الحاجة والترم ابن عقيل في المفردات تخريج رواية من هذه المسألة منع الجار من وضع الخشب مطلقاً ثم اعتذر بأن حق الوضع هنا سقط عقوبة لامتناعه من النفقة الواجبة وحل حديث الزبير وشريكه في شراج الحرة على مثل ذلك

(ومنها) إذا انهدم السقف الذي بين سفلى أحدهما وعلو الآخر فقد ذكر الأصحاب في الاجبار الروايتين والمنصوص هنا أنه إن انكسر خشبه فيه فبناؤهما بينهما لأن المنفعة لهما جميعاً وظاهره الاجبار وإن انهدم السقف والحيطان لم يجبر صاحب العلو على بناء الحيطان لأنها خاص ملك صاحب السفلى ولكنه يجبر على أن يبني معه السقف فإن لم يفعل أشهد عليه ومنعه من الانتفاع به حتى يعطيه حقه ويجبر صاحب السفلى على بنائه لأنه ستره له نقل ذلك عنه أبو طالب ، ونقل عنه ابن الحكم أن صاحب السفلى لا يجبر على البناء لأجل صاحب العلو لكن صاحب العلو له أن يبني الحيطان ويسقف عليها ويمنع صاحب السفلى من الانتفاع به حتى يعطيه ما يبني به السفلى ويكون لهما جميعاً وهذا يحتمل أنه أراد يعطيه ما يبني به الحيطان فيصير البيت كما كان لأحدهما سفله وللآخر علوه وهو ظاهر كلامه ، ويحتمل أن يعطيه نصف قيمة بناء السفلى وتكون الحيطان مشتركة بينهما ولذلك حكى الأصحاب روايتين في مشاركة صاحب العلو لصاحب السفلى في بناء الحيطان حتى أخذ القاضى منها رواية بعدم الاجبار في الحائط المشترك وهو بعيد لأن هذا المعنى لو كان صحيحاً لكان الاشتراك حادثاً بعد البناء ، فلا يلحق به الملك المشترك قبل البناء وحكى القاضى خلافه في إيجاب صاحب السفلى على بناء حائطه لحق صاحب العلو ثلاث روايات أحدها إيجابه منفرداً بنفقته وأخذها من رواية أبي طالب وفيه نظر لأن أحمد علل بأنه ستره له فعلم أن إيجابه لحق جاره لا لحق صاحب العلو ولكن قد يقال إن تضرر صاحب العلو بترك بناء السفلى أشد من تضرر الجار بترك الستره لأن هذا

يمنحه حقه بالكلية بخلاف ترك السرة وهذه الرواية هي المذهب عند ابن أبي موسى والثانية يجبر على الاتفاق على وجه الاشتراك نقلها يعقوب بن بختان فقال يشتركون على السفل وهو مروى عن أبي الدرداء رضى الله عنه الثالثة لا يجبر وهي رواية ابن الحكم وحكى في المجرى اجبار كل منهما على أن يبنى مع الآخر الحيطان روايتان وكذا في الاجبار على بناء السقف الذى يختص بملك صاحب الدار وحاصل هذا يرجع الى انه هل يلزم الانسان بناء ملكه الخاص به اذا كان ارتفاع غيره به مستحقا فما يلزمه دفع الضرر عنه ببناء السرة وهل يلزم الشريك فى الارتفاع البناء مع المالك كالشريك فى الملك وعلى هذا يخرج إذا كان له على حائط جاره له يحاذيه ساباط بحق فانهدم الحائط هل يجبر المالك على بنائه وظاهر كلام القاضى فى خلافه اجباره أن يبنيه منفردا به بغير خلاف ولعل هذا فيما اذا كان بحق ما واحة ومثله ذكر ابن قنبل فى فونه فى من له حق اجراء مائه على سطح غيره فعاب السطح ولو جريان مائه عليه لم يلزم صاحب الماء المشاركة فى الإصلاح وكذلك لو كان مائه تلك الدار يجرى الى بئر بحق فعابت البئر لم يلزم صاحب الماء المشاركة فى اصلاحها ويخرج ذلك كله على الخلاف فى السفلى الذى تلوه لملك [آخر] يتوجه ويرجع الى أن الشركة فى الارتفاع هل هي كالشركة فى الملك (ومنها) القناة المشتركة اذا تهدمت نص أحمد على الاجبار على العمارة كما سبق ولم يذكر ابن أبي موسى فيه خلافا واما ذكر الروايتين فى الحائط والفرق أن الحائط يمكن قسمته بخلاف القناة والبئر وطرد القاضى والاكثرهون فى الروايتين وإذا لم نقل بالاجبار فعمد أحدهما لم يكن له منع الآخر من الماء ذكره القاضى فى المجرى وابن عقيل وصاحب البلخيص والمغنى لأن الماء باق على ما كان عليه من الملك والاباحة وانما أزال الضرر عن طريقه ولا يقع الاشتغال على ملك الآلات المعمور بها ، وفى الخلاف الكبير والتهام لابي الحسين له المنع من الارتفاع بالقناة ويشهد له نص عليه بالمنع من سكنى السفلى اذا بناء صاحب العلو ومنع الشريك من الارتفاع بالحائط اذا أعيد بآ لانه العتيقة لأن ذلك كله ارتفاع بما بذل فيه الشريك ماله فيمنع منه بغير اذنه ولأن ارتفاعه على نفسه وشريكه جائز فيستحق الرجوع ولا يكون متبرعا (ومنها) ان ما يقبل القسمة من الاعيان اذا طالب أحد الشريكين قسمته أجبر الآخر عليها وعلى التزام كلهما ومؤنها لتكليف نفع الشريك ، فأما مالا يقبل القسمة فانه يجبر أحدهما على بيعه إذا طلب الآخر بيعه ، نص أحمد على ذلك فى رواية الميمون فقال إذا اختلفوا فى القسمة فليس للضار شيء إذا كان يدخله نقصان منه يبيع وأعطوا الثمن وكذا نقل حنبل عن أحمد أنه قال كل قسمة منها ضرر لا أرى أن يقسم مثل عبد بين رجلين وأرض فى قسمتها ضرر ويقال لصاحبها إيمان تشتري

وأما أن تركه إذا كان ضررا وصرح بذلك ابن أبي نموسى والقاضى والحلوانى والشيرازى وابن عقيل
والسامرى وصاحب الترغيب ، وصرح بمثله فى اجارة العين اذا لم يتفقا على المهايأة أو تشاحا ، وكذلك
قال القاضى فى خلافه وأبو الخطاب فى انتصاره ، وكثير منهم صرحوا بأنه يباع عند طلب القسمة وإن
لم يطلب البيع ، ولهذا مأخذان : أحدهما أنه اذا تمزق قسمة العين عدل الى قسمة بدلهما هو القيمة ،
وهذا مأخذ من قال يباع بمجرد طلب القسمة ، وهو ظاهر كلام أحمد . والثانى أن حق الشريك فى نصف
القيمة مثلا لافى قيمة النصف فلو باع نصيبه مفردا لنقص حقه ويدل على أن حقه فى نصف القيمة أن
الشرع أمر فى البراية أن يقوم العبد كله ثم يعطى الشركا قيمة حصصهم ، وقد نص الأصحاب على
أن للولى بيع التركة على الصغار والكبار اذا كان فى تبيعها ضرر واحتيج الى البيع ، وما دل عليه
كلام بعضهم من امتناع البيع على الكبار فى غير هذه الصورة قد يكون بناء على أن ضرر مانقوص
ليس بمنع من قسمة الاجبار كقول الخرقى ، وإنما المانع منها أن لا ينتفع بالمقسم فحينئذ يكون
عدم الاجبار على البيع فى حالة نقص القيمة مبني على أن القسمة ممكنة ومع الاجبار عليها لا يقع
الاجبار على البيع ثم وجدت فى مسائل ابن منصور عن أحمد فى عبد بين رجلين أراد أحدهما
أن يبيع وأبى الآخر ، قال أحمد يبيع كل منهما حصته وهذا يدل على أنه لا اجبار على البيع مع
الشريك ، وهذا كله فى المشاع المشترك ، فاما المتميز كمن فى أرضه غرس لغيره أو فى ثوبه صبغ
لغيره اذا طلب أحدهما أن يبيع الآخر معه ففى اجبار وجهان ، أو ردهما صاحب المحرر فى غراس
المستعير لأنه يستدام فى الأرض فلا يتخلص أحدهما من صاحبه بدون البيع ، بخلاف غرس الغاصب
فانه يتخلص منه بالقلاع ، فاما البيع ففى المذى وغيره فى بيع الغاصب ان طلب مالك الثوب أن يبيع
معه لزمه وفى العكس وجهان وجزم القاضى فى خلافه بالاجبار على البيع بطلب الغاصب ، وأما
صبغ المشتري إذا أفلس وأخذ البائع ثوبه وطلب أحدهما البيع اجبر الآخر عليه ، وهذا لأن
الصبغ يستدام فى الثوب فلا يتخلص من الشركة فيه بدون البيع ، وإنما فرقنا بين طلب الغاصب
وغيره على وجه ثلثا يتسلط الغاصب بعدوانه على إخراج مالك غيره عنه قهرا (ومنها) قسمة
المنافع بالمهايأة هل تجب الاجابة بها أم لا ، المشهور عدم الوجوب ولم يذكر القاضى وأصحابه فى
المذهب سواء فروقا بين المهايأة والقسمة بأن القسمة انراز أحد المملكين من الآخر والمهايأة
معاوضة حيث كانت استيفاء للنفعة من مثله فى زمن آخر ، وفيها تأخير أحدهما عن استيفاء حقه
فلا يازم بخلاف قسمة الأعيان ، ونص أحمد فى رواية صالح وحنبلى وأبى طالب فى العبد المشترك
إذا اعتق أحد الشريكين نصفه أو كاتبه فانه يكون يوما لنفسه ويوما لسيده الباقى ، وتأوله القاضى

على التراضى وهو بعيد ، وحكى أبو بكر فى التنبيه فيه روايتين ، أحدهما : يكون يوما لنفسه ويوما لسيده ، والأخرى أن كسبه بينهما وهذا يدل على وقوع المهايأة حكما من غير طلب وفى المسألة وجه آخر أنه يجب المهايأة بالمكان دون الزمان لانتفاء تأخر استيفاء أحدهما لحقه فى المهايأة بالامكان فهو كقصة الأعيان واختاره صاحب المحرر وعلى القول بانتفاء الوجوب مطلقا فيجوز بالتراضى ، وهل يقع لازمة إذا كانت مدتها معلومة أو جائزة على وجهين ، والمجوز فى الترغيب الجواز ، واختار صاحب المحرر اللزوم ، وعلى القول بالجواز لو رجع أحدهما قبل استيفاء نوبته فله ذلك وإن رجع بعد الاستيفاء غرم ما انفرد به وقال الشيخ تقي الدين لا يفسخ حتى ينتضى الدور ويستوفى كل منهما حقه منه ، ويمكن أن يؤخذ ذلك من مسألة القسم وهى أن من له روجتان فقسم لأحدهما ثم أراد أن يطلق الأخرى لم يجز له حتى يوفيهما حقا من القسم لثلا يفوت حقا بالطلاق ، ولا يقال هذه القسمة لازمة بخلاف المهايأة لأنها لما لمزمت لإجل المساواة بين الزوجية ولهذا قال القاضى ومن اتبعه أن قدم الابتداء ليس بواجب ولو استوفى أحدهما نوبته ثم تلفت المنافع فى مدة الآخر قبل تمكنه من القبض ، فاتفق الشيخ تقي الدين رحمه الله بأنه يرجع على الأول بيدل حصته من تلك المدة التى استوفىها ما لم يكن قد رضى بالمنفعة الزمن المتأخر على أى حال كان جعلاً للثالث قبل القبض كالثالث فى الاجارة قالوا وسواء قلنا القسمة إفراز أو بيع فإن المعادلة معتبرة فيها على القولين ولهذا ثبت فيها أخبار العيب والتدليس انتهى . وهذا على القول بالجواز ظاهر ، ولكن الشيخ رجح اللزوم . ويتخرج فى الرجوع حيثن وجهان بناء على الروايتين فيما إذا تقاسم الشريكان الدين فى ذم الغرماء ثم تلف أحدهما قبل القبض هل يستحق صاحبه الرجوع على الآخر فيما قبضه أم لا ؟ على روايتين نقلهما معا ابن منصور فى مسائله عن أحمد ، ورواية الرجوع حاهما الأصحاب على أن القسمة لم تصح ، لكن المراد بقولهم لم تصح أنها غير لازمة لأن القبض بها محرم باطل ، ولهذا قالوا لو قبض شيئا باذن شريكه لا انفرد به على الصحيح فيكون حيثن شبه بالمهايأة (ومنها) الزرع والشجر المشترك إذا طلب أحد الشريكين سقيه وهو يحتاج إلى ذلك أجبر الآخر عليه ، ذكره القاضى ، وحكاه عن أبي بكر فيما إذا أوصى لأحدهما بزرع والاخر بقبته وأخذ من مسألة الجدار وهو أولى بالوجوب لأن السقى من باب حفظ الأصل وإبقائه فهو كعمامة السقف إذا انكسر بهض خشبه والحائط المائل ، وذلك أولى بالوجوب من بناء السائط لأن إعادة الحائط بعد زواله شبيه بأحداث المنفعة لكن لما كان ردأ له لما كان عليه الحق باستيفاد المنفعة ، والحق الشيخ تقي الدين بهذا كل ما فيه حفظ الأصل إذا احتج إليه مثل الحارس والنظر والدليل على الطريق

والرشوة التي يحتاج اليها لدفع الظلم عن المال ، وذكر القاضي أيضاً فيمن اشترى شجراً وعليه ثمر البائع أن أحدهما إذا طاب السقي لحاجة ملكه اليه أجبر الآخر على التمكن لدخوله على ذلك وتكون الأجرة على الطالب لا اختصاصه بالطلب دون صاحبه ، وهذا يشمل ما إذا كان [نفع] السقي راجعاً إليهما ، وعلى ذلك في المغني بأن السقي لحاجته وظاهره اختصاصه بحالة عدم حاجة الآخر فان النفع إذا كان لهما فالمؤونة عليهما كبناء الجدار وإن عطش الأصل وخيف عليه الضرر ففي الاجبار على القطع وجهان ذكرهما في المغني وعلى للاجبار بان الضرر لاحق للثمن لا محالة مع القطع والتبقيّة والأصل ينحفظ بالقطع فإعائه أولى ، وذكر القاضي وابن عقيل فيما لو وصى بشجر لشخص وورثته لا يجر أحدهما على السقي لأن أحدهما لم يدخل على حفظ مال الآخر بخلاف الثمر المشتري في رءوس النخل ، وهذا في سقي أحدهما بخالص حق الآخر بخلاف ما سبق في الوصية بالزروع والتبن

(القاعدة السابعة والسبعون)

من اتصل ملكه بملك غيره متميزاً عنه وهو تابع له ولم يمكن فصله منه بدون ضرر يلحقه وفي إبقائه على الشركة ضرر ولم يفصله مالكه فلمالك الأصل أن يملكه بالقيمة من ماله ويبيع المالك على القبول وإن كان يمكن فصله بدون ضرر يلحق مالك الأصل فالمشهور أنه ليس له يملكه قهراً لزوال ضرره بالفصل ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة:

منها غراس المستأجر وبناءه بعد انقضاء المدة إذا لم يقلعه المالك فللزوج تملكه بالقيمة لأنه لا يملك قلعه بدون ضمان نفسه ، وفيه ضرر عليه ذكر ذلك القاضي وابن عقيل والأكثر أن ، ولم يشترط أبو الخطاب أن لا يقلعه المالك فلعله جعل الخيرة لمالك الأرض دون مالك الغراس والبناء (ومنها) غراس المستعير وبناءه إذا رجع المعير أو انقضت مدة الإعارة وقلنا يلزم بالتوقيت فالمخصوص عن أحمد أنه يملك بالقيمة نقله عنه منها وابن منصور ، وكذلك نقل عنه جعفر بن محمد لكن قال في رواية يملك بالفقة ولمالك القلم ابتداء بغير خلاف ، ولا يجبر عليه إذا كان فيه ضرر وإن لم يكن فيه ضرر فتردد فيه كلام الأصحاب ، وظاهر كلام أحمد أنه لا يقلع بدون شرط (ومنها) غراس المشتري في الأرض المشفوعة وبناءه حيث يتصور ذلك إذا انتزع الشفع فانه يأخذه مع الأرض بقيمته نص عليه ولمالك أن يقلعه أيضاً ولا يجبر عليه إلا أن يضمن له النقص (ومنها) غراس المفلس وبناءه إذا رجع صاحب الأرض فللمفلس والغرماء القلع فان أبوه وطلب البائع

الملك بالقيمة ملكه ، وكذلك إذا طالب القلع مضمونا (ومنها) إذا أصدقها أرضاً ففرت فيها أو بنت ثم طلقها قبل الدخول فطالب الرجوع في نصفها وبذل نصف قيمة الغراس والبناء قال الخرقى يجبر على القبول ، وقال القاضي يسقط حقه إلى القيمة على قوله فليست المسألة بما نحن فيه فإن قيل هذه المسألة والتي تبليها يملك فيها الغراس والبناء مع الأرض فلا يكون [إن] من صور مسائل القاعدة . قيل بل هما منها فإن الشفيع [بما استحق] انتزاع بناء المشتري وغراسه لأنه أحدثه في حال تعلق حقه به ، فكانه قد أحدثه في ملكه ، وكذلك الزوجة لأنها قبل الدخول لم يستقر لها الملك على النصف لثعرضه لعوده إلى الزوج باختياره تارة وبغيره أخرى ، وفي انتقال ملك النصف إليها خلاف مشهور فكذلك [يستحق] الزوج تملكه (ومنها) القاض بعقد فاسد من المالك إذا غرس وبني فللمالك تملكه بالقيمة كغراس المستعير ولا يقطع الامضوناً بالاستناد إلى الاذن ، ذكره القاضي وابن عقيل (ومنها) غرس المشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالحال ، والمنصوص عن أحمد أنه يملك بالقيمة ولا يقطع مجاناً نقله عنه حرب ويعقوب ابن بختان في رجل باع أرضاً من رجل فعمل فيها وغرس ثم استحقها آخر قال يرد عليه قيمة الغراس أو نفقته ليس هذا مثل من غرس في أرض غيره ، وكذلك نقل عنه محمد بن [إبي] حرب الجرجاني عن أحمد فيمن اشترى أرضاً فغرس فيها وعمل ثم استحقها آخرانه يرد عليه قيمة الغراس يوم يستحق ليس هذا مثل الغراس في أرض غيره فيقطع غرسه ، وحمل القاضي هذه النصوص على أن له القيمة على من غرسه (١) كما في الغرور بنكاح أمة ، قال فاما المستحق الأرض فلا ضمان عليه لأنه لم يحصل منه اذن في ذلك ، وهذا مخالف لمذلول هذه النصوص على ما لا يخفى وكونه لم يحصل منه اذن لا ينفي كون الغراس محرماً كما نقول فيمن حمل السبل إلى أرضه نوى فنبت شجراً أنه كغراس المستعير على أصح الوجهين لا يقطع مجاناً لعدم التعدي في غرسه وهو اختياره أعنى القاضي ، وأفرها الباقي في موضع من خلافه رواية ، وكذلك صاحب المحرر ، ولكن الذي ذكره ابن أبي موسى والقاضي في المجرى وتبعه عليه المتأخرون أن للمالك قلعه مجاناً ويرجع المشتري بالنقص على من غرسه والصحيح الأول ولا يثبت عن أحمد سواء ، وهو قول الليث والاك وأبي عبيد وبه قضى عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما ، لكن عمر بن الخطاب خير صاحب الأرض بين أن يعطي الفارس قيمة غرسه وبين أن يدفع الفارس إليه قيمة أرضه ، وكذلك قضى عمر بن عبد العزيز ، لكنه انما قضى بدفع قيمة الأرض إلى المالك عند عجزه عن دفع (٢) قيمة الغراس وقد ذكر هذه الآثار أبو عبيد [القاسم بن سلام]

(١) كذا في نسختي الداروفي نسختنا: غيره (٢) كذا ولعلها دفع

في كتاب الاموال ، والحلال في كتاب القرعة من الجامع (ومنها) غراس الناصب وبنائه
والشهور عن أحمدان للمالك قلعه مجانا وعليه الاصحاب ، وعنه رواية ثانية لا يقطع بل يملك بالقيمة
أيضا وعن حكاهما القاضي وابن عقيل في كتاب الروايتين لها وخرجاها في خلافيهما من مسئلة
الصبيغ ، ونص عليها أحد في رواية بكر بن محمد عن أبيه فيمن غصب أرضا أو دارا وبني فيها قال
يعجبني أن يغرر البناء ، وينطى لأنه ان أخذ الناصب بناء أضرب رب الأرض في الخراب والهدم
ويكون أيضا ذهاب مال الناصب في الآجر والجص وكل شيء وفي مسائل ابن هاني عن أحد في
رجل أكرى أرضا فغرس فيها أشجارا واشترط عليه رب الأرض ان لا يغرس فيها غيره فغرس
فيها شجرا يعني غير ما اشترطه وأثمر الشجر وأراد ان يقطع الغراس قال لا يقطع الشجر من الأرض
[لئلا] يضر بهما جميعا ، وعلى هذه الرواية فلا يقطع الا مضمونا لغرس المستعير كذلك حكاهما القاضي
وابن عقيل فلذلك يملك بالقيمة حيث لم يكن القلع بدون ضرر (ومنها) إذا بنى الوارث في
الأرض الموصى بها قال ابن أبي موسى ان كان غير عالم بالوصية فهو محترم يملك بقيمته غير
مقويع وجه واحد ، وان كان عالما بالوصية فكذلك ويتوجه ان يقطع بناءه ولم يفرق بين ما قبل
القبول وبعده فان ظاهر كلامه أن الوصية تملك بالموت من غير قبول فانه ذكر أن من أوصى
لمن لا يعرف حلت وصيته الى الحاكم ليفرقها في أبواب البر ونص أحد على ذلك أيضا ولكن
ما ذكره من أن الوارث اذا بنى وهو عالم بالوصية ان بناءه لا يقطع يشكك على ذلك لأنه يكون
كبناء الناصب ، وأما غير العالم فبناؤه المشتري من الناصب على ماسبق ، والمنصوص عن
أحد في رواية ابن منصور أن البناء للورثة ولم يتعرض لملكه عليهم ولا لقلعه فظاهره أنه محترم
وذلك يرجع الى أن الموصى له يملكه من حين القبول ، أما إن قيل يملكه بالموت أو يتبين بقوله
ملكه بالموت فلبنا في الأرض مع العلم بالحال تفريط وعدوان (ومنها) من كان في أرضه
نخلة لغيره فالحق صاحب الأرض ضرر بدخوله قال أحمد في رواية حنبل ذكر له الحديث الذي
ورد في ذلك وأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر صاحبها أن يبيع ثأني فأمره أن يناقل ثأني فأمره
أن يهب ثأني فقال النبي صلى الله عليه وسلم : انت مضار ، اذهب فانقل نخلة . قال أحد كلما كان على
هذه الجهة وفيه ضرر يمنع من ذلك فان اجاب والا جيره السلطان ، ولا يضر بأخيه اذا كان ذلك
فيه مرفق له والحديث المشار اليه أخرجه ابو داود في السنن واورده الحلال في الجامع من وجه
آخر ولا يقال لم يأمره بضممان النقص فيكون كفر من الناصب فكيف يملك لانا قدما الخلاف في
غرس [الناصب] وأيضا فالامر بالقلع هنا انما كان عند الإصرار على المضاربة والإمتناع من قبول

ما يدفع ضرر المالك ولهذا قال اصحابنا في المستعير اذا امتنع المعيّر من الضمان مطلقا فطلب قيمة الفراس والبنا اجيب الى ذلك وان طلب القلع وضمان النقص لم يجب

ومن ذلك اذا اشترى حيوانا يؤكل واستثنى رأسه أو اطرافه فانه يصح ، فاذا امتنع المشتري من الذبح لم يجب وكان له قيمة المستثنى نص عليه ومن ذلك من ملك ثوبا فصبغه ثم زال عنه ملكه بفسخ هل يملك من عاد اليه الملك ويملك الصبغ بالقيمة أم لا قال الاصحاب في بايع المفلس إذا دفع اليه الثوب وفيه صبغ أن له مملكه بالقيمة لانه معد للبيع ولا بد فيكون البائع أولى منه لانصالة بملكه ، وأما إن رجع اليه بفسخ ببيع فالمشهور أنه لا يملك مملكه قهرا ، وخرج ابن عقيل وجهاً آخر أنه يملكه بالقيمة من مسئلة الخرق في الصداق حيث قال له تملك الصبغ بقيمته ، ونعل حنبل عن احمد أن المشتري يرد المبيع على البائع ويأخذ منه قيمة الصبغ وهذا يشعر بالجبار البائع على دفع قيمته ، وأما الغاصب اذا صبغ الثوب فهل للمالك تملك الصبغ بقيمته قهرا أم لا فيه وجهان واختار القاضي وابن عقيل عدمه وصح بعض الاصحاب خلافه لأن المشهور أن له يملك قلعه فيه وجهان واختار القاضي وابن عقيل عدمه وصح بعض الاصحاب خلافه لأن المشهور انه لا يملك قلعه ويملكه على وجه مضمون بخلاف البناء والفراس فلا يتخاص من الضرر بدون تملكه فاما الآثار التي يقع بها الشركة كضرب الحديد مسامير ونجر الحشب ابوابا فان كان ذلك من الغاصب فنص احمد في رواية محمد بن الحكم على أن المالك يدفع اليه قيمة الزيادة ويملكه عليه وكذا قال ابن أبي موسى والشيرازي لهما جملا المردود نفقة العمل دون القيمة

{ القاعدة الثامنة والسبعون }

من أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح تملكه وتخلصه من ملك غيره فان لم يكن ممن دخل النقص عليه بتفريط باشتغال ما به ملك غيره فالضمان على من أدخل النقص ، وإن كان منه تفريط فلا ضمان على من أدخل النقص وكذا ان وجد ممن دخل النقص عليه إذن في تفريط ملكه من ملك غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريط وإن وجد منه إذن في اشتغال ملكه بما له غيره حيث لا يجبر الآخر على التفريط فوجهان ، ويفرغ على ذلك مسائل كثيرة

(منها) لو باع دارا فيها ناقه لم تخرج من الباب إلا بهدمه فانه يهدم ويضمن للمشتري النقص (ومنها) لو اشترى أرضاً فيها زرع للبائع لحصده فان لم يبق له عروق أو كانت لا تضر فليس عليه نقلا ، وإن كانت تضر عروقه بالأرض كالقطن والذرة فعليه النقل وتسوية الحفر ذكره القاضي

وابن عقيل (ومنها) لودخل حيوان غيره داره وتعذر إخراجه بدون هدم بعضها أو أدخلت بهيمة غيره رأساً في قدره أو وقع دينار غيره في محبرته وتعذر إخراجه بدون الكسر ولم يكن ذلك بتفريط أحد فهدمت النار وكسرت القدر أو المحبرة فالضمان على صاحب الحيوان والدينار (ومنها) لو حل السيل إلى أرضه غرس غيره فثبت فيها فقلعه ماله فعليه تسوية حفره (ومنها) لو اشترى أرضاً فغرسها ثم أفلس ورجع فيها البائع واختار المفاص والغرماء القلع فعليه تسوية الحفر وضمان ارش النقص لأنه نقص حصل بتعليم في ملك البائع ليخلص ماكرهم منه (ومنها) لو غصب نصيلاً وأدخله داره وكبّر وتعذر إخراجه بدون هدمها فانها تهدم من غير ضمان لتفريطه ، وكذلك اذا غصب غراساً وغرسه في أرضه فانه يقيم ولا يضمن حفره (ومنها) لو غصب ثوباً فصبغه ثم طلب قلع صبغه وقبلاً يملكه فعليه نقص الثوب بذلك كما لو غرس الأرض التي غصبها ثم قلع غرسه (ومنها) لو اعاره أرضاً للغراس ثم أخذ غرسه فان كان قد شرط عليه القلع فلا يلزمه ضمان النقص بذلك ولا تسوية الحفر لأن المالك رضى بذلك باشرطه [له] وان لم يشترط عليه القلع فوجهان أحدهما لا يارزمه أيضاً قاله القاضي وابن عقيل لأن الاعارة مع العلم بجواز القلع رضا بما ينشأ عنه من الحفر والثاني يارزمه ذلك وبه جزم صاحب الكافي لأنه قلع باختياره حيث لا يجبر عليه فقد أدخل النقص على ملك غيره لاستصلاح ماله وعلى هذا فلو طلب منه المالك القلع وبذل أرش النقص فيبني أن لا يارزمه التسوية لأن القلع بأمر المالك مع أن كلام ابن عقيل وغيره يشعر بخلاف ذلك فاما الاعارة للزرع اذا كان عروقه الثابتة تضر بالأرض فقد يقال يجب نقلها وتسوية الحفر لأن الزرع يجبر على تفريق الأرض منه بخلاف الغرس وقد يقال لا يجب لأن الاذن فيه مع العلم بأنه لا يبقى رضا بما ينشأ من قلعه الممتد (ومنها) اذا أجره أرضاً للغراس وانقضت المدة كان القلع مشروطاً عند انقضائها فلا ضمان وان لم يكن مشروطاً فيه الوجهان أيضاً ولم يحك صاحب الكافي في الضمان خلافاً وهو ظاهر كلام القاضي في المجرد وقال بأنه قلع غرسه من أرض غيره التي لا بدله عليها بنير أمره، وجزم صاحب التاج بعدم الضمان، ولم يذكر فيه خلافاً وعلى بان المالك دخل على ذلك (ومنها) اذا غرس المشتري في الأرض ثم اترعها الشقيق فقلع المشتري غرسه فقيه وجهان . أحدهما عليه تسوية الحفر وضمان النقص، وهو ظاهر كلام الخرقى لأن قلعه في ملك غيره لتخليص ملكه، والثاني لا يلزمه ذلك ذكره القاضي وبه جزم في الكافي مملاً بانتفاء عدوانه مع أنه جزم في باب العارية بخلافه والقاضي انما عاله بأنه ملك نفسه من ملك نفسه وهذا انما يكون اذا قلع قبل تملك الشقيق لابعده

(القاعدة التاسعة والسبعون)

الزراع الثابت في أرض الغير بغير إذن صحيح أقسام :

القسم الأول أن يزرع عدواناً محضاً غير مستند إلى إذن بالكلية، وهو زرع الغاصب فالمنذهب أن المالك إن أدركه ثابتاً في الأرض فله تملكه بنفقته أو بقيمته على اختلاف الروايتين، وإن أدركه قد حصد فلاحق له فيه، ونقل حرب عن أحمد أن له تملكه أيضاً، ووه أبو حفص الكعبي نقلها على أن من الأصحاب من رجحانها على أن الزرع ثبت على مالك مالك الأرض ابتداءً والمعروف في المنذهب خلافه والمعتمد عند الأصحاب في المسئلة هو حديث رافع بن خديج، وقد احتج به أحمد تارة، وقال تارة ما أراه عفوًا وذكر فيه حديثاً آخر مرسلًا من مراسيل الحسن بن محمد بن الحنفية، وقال هو شيء لا يوافق القياس وفرق بين زرع الغاصب وغرسه حيث يقطع غرسه كما دل عليه قوله ليس لعرق ظالم حق فإن الزرع يتلف بالقطع ففساد بخلاف الغرس ومن الأصحاب من قرر موافقته للقياس بأن المتولد بين أبوين مملوكين من الأدميين يكون ملكاً للمالك الأم دون مالك الأب بالاتفاق مع كونه مخلوقاً من مائتها ويطون الأمهات بنزلة الأرض وماء الفحول بمنزلة البذر، ولهذا يسمى النساء حرثاً ولعن النبي صلى الله عليه وسلم من سقى ماءه زرع غيره فجعل الولد زرعاً وهو المالك أمه وسر ذلك أن الحيوان ينمق من الماين ثم يفتنى من دم المرأة فأكثر أجزائه مخلوقة من الأم كذلك البذر يتحل في الأرض وينمق الزرع من التربة والحبة ثم يفتنى من الأرض ومائها وهوائها فتصير أكثر أجزائه من الأرض وإنما خير مالك الأرض من تملكه وبين أخذ الاجرة لانه قابل لاستيفائه بعدد الاجارة بخلاف الايلاد وجدير حق صاحب البذر باعطائه قيمة بذره ونفقة عمله حيث كان متقوماً بخلاف ما يحتاج منه الولد فانه لا قيمة له لذلك لم يجب لاحد الابوين شيء. وهذا مطرد في جميع المتولدات بين شيئين من الحيوان والنبات والمعدن حتى لو ألقي رجل في أرض رجل شيئاً مما تنبت المهادن لسكان الخارج منه لرب الأرض كالنخيل والزروع وهذه الطريقة سلكها القاضي في خلافه وابن عقيل والشيخ تقي الدين وهذا ملخص من كلامه

القسم الثاني، أن يؤذن له في زرع شيء يزرع ماضراً له أعظم منه كمن استأجر لزراع شجرة فزرع ذرة أو دخان فحكمه عند الأصحاب حكم الغاصب لنعديه بزرعه فانه غير مستند إلى إذن والمقصود عن أحمد في رواية عبد الله أن عليه ضمان أجره المثل للزيادة ولم يذكر تملكه فان هذا الزرع بمضرة مأذون فيه وهو قدر ضرر المستأجر له والزيادة عليه ضير مأذون فيها، وهي غير متميزة فكيف يملك

المؤجر الزرع كله . وقد يبنى ذلك على اختلاف الوجهين في قدر الواجب من الأجرة هل هو الأجرة المسببة مع تفاوت ما بين الأجرتين من أجرة المثل أم الواجب أجرة المثل للجميع حيث تمحض عدوان ؟ والمنصوص الأول وهو قول الخرقى ، والقاضى والثانى اختيار ابن عقيل وحكاه القاضى عن أبى بكر وكلامه فى التنبية موافق الوجه الأول فعلى الوجه الأول لا يتوجه أن يملك المؤجر الزرع كله وعلى الثانى يتوجه ذلك فكيف جزم القاضى بتملكه مع اختياره للوجه الأول فى الضمان . ولو استأجر للزرع مدة معينة فزرع فيها مالا تنتهى فى تلك المدة ثم انقضت فقال الاصحاب حكمه بعد انقضاء المدة حكم زرع الناصب للعدوان ، ثم ان القاضى وابن عقيل قالوا عليه تفريغ الأرض بعد المدة وليس بحار على قواعد المذهب فأنما المالك مخير بين تملكه وتركه بالأجرة فاما القلع فلا

القسم الثالث أن يزرع بعقد فاسد عن له ولاية العقد كالمالك [والوكيل] والرصى والناتر اما بمزارة فاسدة أو باجارة فاسدة . فقال الاصحاب الزرع لمن زرعه وعليه لب الأرض أجرة مثله . وذكر القاضى فى خلافاً أن أحد نص عليه فى رواية حربى فى البيع الفاسد وانما رواية حرب فى الفرس . وذكره الخرقى أيضاً فى المزارعة الفاسدة لأن الزرع هنا استند الى اذن من له الاذن فلا يكون عدواناً ويحتمل أن (١) هذا التفريق بين اذن المالك ومن يتصرف لغيره بطريق المصلحة كالرصى فلا يعتبر اذنه لا تنتفاه المصلحة فى العقد الفاسد ويحتمل أيضاً التفريق بين عقود الملك كالباع وعقود التصرف بالاذن كالمزارعة لأن عقود الملك وقع العقد فيها على الملك دون الاذن ولهذا لم يصح تصرف المشتري فى العقد فاسد بخلاف عقود التصرف فان الاذن موجود فى صحيحها وفاسدها ولذلك صححت التصرف فى فاسدها وقد ورد فى ذلك حديث مرسل من طريق الأوزاعى عن واصل بن أبى جميل عن جاهد ، عن اربعة اشتركوا فى زرع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحدهم قبل الأرض ، وقال الآخر قبل الفدان ، وقال الآخر قبل البذر ، وقال الآخر على العمل . فلما استحصد الزرع تقاتوا فيه الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل الزرع لصاحب البذر وألقى صاحب الأرض وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم ، وجعل لصاحب الفدان شيئاً معلوماً ، وقد أنكر أحمد هذا الحديث قال فى رواية ابن القاسم لا يصح والعمل على غيره . وقال ابو داود سمعت احمد ذكر هذا الحديث قال هو منكر لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الزرع لصاحب الأرض ، وفى هذا الحديث جعل الزرع لصاحب البذر ، وهذا الكلام يدل على أن العمل عند الامام

(١) فى نسختي الدار : على هذا التفريق

احمد على أن يكون الزرع لصاحب الأرض في الاجارة الفاسدة والمزارعة الفاسدة. وقال في رواية ابراهيم بن الحارث الحديث حديث أبي جعفر الخطمي يشير الى ما رواه ابو جعفر عن سعيد بن المسيب. قال قال كان ابن عمر لا يرى بها معنى المزارعة باساحتى بلغة عن رافع بن خديج حديث فلقبه فقال رافع أتى النبي ﷺ بنى حارثة فرأى زرعاً فقال : « ما أحسن زرع ظهير ، اليس أرض ظهير ؟ » قالوا بلى ولكنه أزرعها ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « خذوا زرعكم وردوا عليه نفقته » أخرجه ابو داود والنسائي ولأبي داود معناه من حديث عبد الرحمن بن أبي انعم عن رافع بن خديج والدار قطني نحوه من حديث عائشة ، ولا بن عدى معناه من حديث جابر وفيها ضعف ، وكل هذه وأردف في المزارعة الفاسدة لافي النصب وقد رجح الامام أحمد حديث أبي جعفر على حديث أبي اسحاق عن عطاء عن رافع بن خديج في زرع في أرض قوم بغير اذنهم ، وقال الحديث حديث أبي جعفر وقال في رواية أبي داود أبو اسحاق زاد فيه زرع بغير اذنه و ليس غيره يذكر هذا الحرف قد بين أن التملك بالنفقة إنما يثبت عنده في المزارعة الفاسدة أن يملك الزرع فيها مع ثبوت الحديث فيها بخصوصيتها دون النصب لاسيما وقد انكر حديث جابر الزرع لرب البذر وصرح بان العمل على غيره . وقد خرج الشيخ تقي الدين وجها في المزارعة الفاسدة أنها تملك بالنفقة من زرع الغاصب وقد رأيت أن كلام احمد انما يدل عليه لا على خلافه

القسم الرابع أن يزرع في أرض غيره بمقد من يظن أن له ولاية العقد ثم تبين بخلافه مثل أن تبين الأرض مستحقة للغير فالنصوص أن المالك الأرض تملكه بالنفقة ايضا نقله عنه الاثرم و ابراهيم بن الحارث (ومنها) وهذا متوجه على قول القاضى ومن وافقه أن غرسه وبناء كغرس الغاصب وبناءه ، وأما على الخصوص هناك أن غرسه وبناءه محترم كغرس المستعير والمستأجر وبناءها فيتوجه على هذا أن يكون الزرع للمالك وعليه الاجرة (١) ويرجع بها على الغاصب لتقديره ، وبمثل ذلك أفتى الشيخ تقي الدين لكنه جعل الزرع بين المالك والمزارع نصفين بناء على اصله في إيجار الغاصب بالمال أن الربح بينه وبين المالك وطرده أن يكون زرع الغاصب كذلك ولكن لا نعلم به قاتلا ، ثم وجدنا ابن أبي ليلى يقول بذلك في زرع الغاصب . وفي أجروها بناء في الأرض المخصصة وقد وافقه أحمد على أجرة البناء خاصة . وينهد لهذا الوجه أن الزرع النابت في أرض الغير مما حمله السيل للمالك مبقى (١) منها بالاجرة لحصوله من غير عدوان ولا تفريط ، وإن كان الاذن متفياً وهنا مثله وبمثل أن يملكه مالك الأرض أيضا كالأزروع بمقد فاسد على ما دل عليه كلام احمد وليس

الامتناع من قلع الغرس مجانا منافيا لتلك الزرع فان المانع من القاع ادخال الضرر على مالك الغراس بالنقص وهو معذور لغرضه وهو يتقدر عليه الرجوع على الفاسد والمقتضى لتلك الزرع هو انتفاء الاذن الصحيح وهو موجود هنا ولهذا يتملك غراسه وإن قيل باحترامه

القسم الخامس أن يزرع في أرض يملكها أو بأذن مالكها ثم ينتقل ملكها إلى غيره والزرع قائم فيها ، وهو نوعان : أحدهما أن ينتقل ملك الأرض دون منفعتها المشغولة بالزرع في بقية مدته فالزرع لملكه ولا أجره عليه بسبب تجديد الملك بغير إشكال . ويدخل تحت هذا من استأجر أرضاً من مالكها وزرعها ثم مات المؤجر وانتقلت إلى ورثته . ومن اشترى أرضاً فزرعها ثم أفسس فان للبائع الرجوع في الأرض والزرع للفلس . ومن أصدق امرأته أرضاً فزرعها ثم طلقها قبل الدخول والزرع قائم . وقلنا له الرجوع فان الزرع يبقى بغير أجره إلى أن يأخذه وكذلك حكم من زرع في أرض يملكها ثم انتقلت إلى غيره ببيع أو غيره يكون الزرع بغير أجره مبقياً فيها إلى أن يأخذه : والنوع الثاني أن تنتقل الأرض بجميع منافعتها عن ملك الأول إلى غيره . ومن أمثلة ذلك الوقف إذا زرع فيه أهل البطن الأول أو من أجروه ثم انتقل إلى البطن الثاني والزرع قائم ، فان قيل إن الاجارة لا تنسخ وللبطن الثاني حصتهم من الأجرة فالزرع يبقى لملكه بالاجرة السابقة ، وإن قيل بالانفساخ وهو المذهب الصحيح فهو كزرع المستأجر بعد انقضاء المدة إذا كان بقاؤه بغير تفریط من المستأجر فبقى بالاجرة إلى أن يأخذه . وقد نص أحمد عليه في رواية منها في مسألة الاجارة المنتقضة وأفتى به في الوقف الشيخ تقي الدين وأفتى مرة أخرى بأنه يجعل زراعة بين المزارع ورب الأرض لفوه من أرض أحدهما وبذر الآخر ، وكذلك أفتى في الاقطاع المزروعة إذا انتقلت إلى مقطع آخر الزرع قائم فيها (ومنها) الشفع إذا انتزع الأرض وفيها زرع للبشترى فهو محترم وهل يستحق أجره المثل على المشتري على وجهين : أحدهما لا يستحق شيئاً وهو المذكور في المغنى والتلخيص وقال أبو البركات في تعليقه على الهداية هو أصح الوجهين لأصحابنا إلحاقه ببيع الأرض المزروعة فان الأخذ بالشفعة نوع ببيع قبرى : والثاني له الاجرة من حين أخذه ذكره أبو الخطاب في انتصاره ، وهو أظهر لأن حق الشفع في العين والمنفعة جميعاً لوقوع العقد عليهما جميعاً وفي ترك الزرع مجانا تفويت لحقه من المنفعة بغير عوض فلا يجوز .

القسم السادس حمل السيل بذر إنسان إلى أرض غيره فبذرت فيها فهل يلحق بزرع الفاسد لا يتفاء الاذن من المالك فيملك بقيمته أو بزرع المستعير أو المستأجر من بعد انقضاء المدة لا يتفاء المدون من صاحب البذر على وجهين ، أشهرهما أنه كزرع المستعير وهو

اختيار القاضى وابنه أبى الحسن وابن عقيل وذكره أبو الخطاب عن أحمد لكن هل يترك فى الأرض بجانب أم بأجرة على وجهين : أحدهما أنه يترك بجانبه القاضى وابن عقيل لأنه وإن انتفى عنه إذن الملك فقد انتفى عنه فعل الزارع فيتقابلان ولا أنه حصل فى الأرض بغير تقييد فهو كالتفاهم فى الأرض المبيعة . والثانى له الأجرة ذكره أبو الخطاب عن أحمد لأنه زرع حصل ابتداءه فى أرض الغير بغير إذن فأوجب الأجرة على المشتري من الغاصب وهو لا يعلم

القسم السابع من زرع فى أرض غيره باذن غير لازم كالأجرة ثم رجع المالك فالزرعبقى لمن زرع له إلى أن حصاده بغير خلاف لكن هل تجب عليه الأجرة من حين الرجوع أم لا على وجهين أشهرهما الوجوب وهو قول القاضى وأصحابه . والثانى انتفاء . لأنه دخل على الانتفاع بغير عوض ، وهو اختيار صاحب المحرر وظاهر كلام أحمد فى رواية صالح يشهد له

القسم الثامن من زرع فى ملكه الذى يمنع من التصرف فيه لحق غيره كالراهن والموجر وكان ذلك بغير المستأجر وبالمرتهن لتتقيس قيمة الأرض عند حلول الدين فهو كزرع الغاصب : وكذلك غراسه وبتأوه فيعلم الجميع ذكره القاضى فى خلافه وإنما قلع الزرع منه لأن مالك الأرض هنا هو الزارع والمتعلق حقها لا يمكنه مملكتها لعدم ملكه فيتعين القلع وفيه نظر أما فى الرهن فيمكن أن يقال إن نقص الأرض يتجبر برهنه الزرع فإنه من جملة نماء الأرض فلا يجوز قلعه كذلك مع ما فيه من اتلاف مال الراهن ، وقد صرح القاضى فى المجرى وابن عقيل فى الفصول بأن الغراس الحادث فى الأرض المرهونة بنفسه أو بفعل الراهن يكون رهنا لأنه من ثمراتها والزرع مثله ولو قيل أنه لا يدخل فى الرهن فجوز أن يؤخذ من الراهن أجرة مثله أو ما تقى من قيمة الأرض بسببه ويجعل رهنا وقد وقع فى كلام أحمد فى رواية ابن منصور وكلام ابن أبى موسى ما يدل على جواز انتفاع الراهن بالرهن باذن المرتهن وتؤخذ منه الأجرة وتجعل رهنا وهذا فى معناه وأما المستأجر ولا سيما إن كان استأجر للزرع فيجوز أن يقال له يملك الزرع بنفقه إذ هو مالك المنفعة كما قد يقال مثله فى الزرع فى أرض الوقف إن الموقوف عليه يملكه بالنفقة مملكة منفعة الأرض ويجعل تخريج ذلك على الوجهين فى تملك الموقوف عليه للشفعة بشركة الوقف على طريق من علل ثبوت الشفعة بكونه مالكا وانتفاعا بنصور ملكه فكذلك هنا ، وكذا القول فى تملكه للغراس والبناء وعلى هذا يخرج مالو غصب الأرض [الموصى بمنافضها] أو المستأجر وزرع فيها فهل يملك الزرع مالك الرقة أو مالك المنفعة ؟

(القاعدة الثمانون)

ما تكرر حمله من أصول البقول والخضروات هل هو ملحق بالزروع أو بالشجر فيه وجهان وينبئ على ذلك مسائل :

منها هل يجوز بيع هذه الأصول مفردة أم لا إن الحقتها بالشجر لتكرر حملها جاز فيه صرح القاضي وابن عقيل في موضع ورفقا في موضع آخر بين ما يتبقى منها سنتين كالقطن الحجازي فيجوز بيع أصوله ، وما لا يتبقى إلا سنة ونحوها لا يجوز بيعه إلا بشرط القطع إلا أن تباع معه الأرض كالزروع ورجح صاحب التلخيص أن المقائي ونحوها لا يجوز بيعها إلا بشرط القطع فانها مع أصولها معرضة للافات كالزروع وهو مقتضى كلام الخرق وابن أبي موسى (ومنها) إذا باع الأرض ولها هذه الأصول فإن قلنا هي كالشجر انبنى على أن الشجر هل يدخل في بيع الأرض مع الإطلاق أم لا وفيه وجهان، وإن قلنا هي كالزروع لم تدخل في البيع وجه واحد وللأصحاب في المسئلة أيضا طريقتان: إحداهما أن حكمها حكم الشجر في بقية الأرض وهي طريقة ابن عقيل وصاحب المحرر : والثانية أنها تتبع وجه واحد بخلاف الشجر لأن بقيتها في الأرض معتاد ولا يقصد نقلها وتحويلها فهي كالنبوذات وهي طريقة أبي الخطاب وصاحب المغني وعلى ما قررناه أولا يخرج فيها طريقة ثالثة أنها لا تتبع وجه واحد كالزروع (ومنها) إذا غصب أرضا فزروع فيها ما يتكرر حمله فإن قيل هو كالشجر فللمالك قلمه بجانا وإن قيل هو كالزروع فللمالك بملكه بالقيمة وفي المسئلة وجهان مذكوران في المغني (ومنها) لو اشترى لقطة ظاهرة من هذه الأصول فتلفت بمأخضة قبل القطع فإن قيل حكمها حكم ثمر الشجر تلفت من ضمان البائع ، وإن قيل هي كالزروع خرجت على الوجهين في إباحة الزروع (ومنها) لو ساقى على هذه الأصول فإن قيل هي كالشجر صحت المساقاة وإن قيل هي كالزروع فهي مزارعة

(القاعدة الحادية والثمانون)

النماء المتصل في الأعيان المملوكة العائدة إلى من انتقل الملك عنه بالمفسوخ تتبع الأعيان على ظاهر المذهب عند أصحابنا والمصوص عن أحمد أنه لا يتبع وهو الذي ذكره الشيرازي في المبيع ، ولم يحكم فيه خلافا وهو اختيار ابن عقيل صرح به في كتاب الصداق والشيخ تقي الدين ويتبع الأصل في التوقفة والضمان على المشهور ويخرج على ذلك مسائل :

(منها) المردود بالعيب إذا كان قد زاد زيادة متصلة كالسمن وتعلم صناعة فالمشهور عند

الاصحاب ان الزيادة للبائع تبعا لاصلها ولا يستحق المشتري عليه شيئا وخرج ابن عقيل بان الزيادة للمشتري وكذلك قال الشيرازي وزاد أنه يرجع على البائع بقيمة النماء وكذلك ذكره الشيخ تقي الدين وأخذه من عموم كلام أحمد في رواية أبي طالب اذا اشترى غنما فتمت ثم استحققت فالنماء له قال وهذا يعم المنفصل . والمتصل قلت وقد نص أحمد على الرجوع بقيمة النماء المتصل صريحا كما قال الشيرازي في رواية ابن منصور فيمن اشترى سلعة فتمت عنده وكان بها داء فان شاء المشتري حبسها ورجع بقدر الدواء وإن شاء ردها ورجع عليه بقدر النماء وتأولها القاضي على أن النماء المتصل يرد معها وهو ظاهر الفساد لأن الضمير في قوله يرجع يعود الى المشتري وفي قوله عليه يعود الى البائع وانما يرجع المشتري على [البائع بقيمة] النماء المنفصل ، ووجه الاجبار هنا على دفع القيمة ان البائع قد أجبر على أخذ سلعته ورد ثمنها فكذلك نأواها المتصل بها يتبعها في حكمها وان لم يقع عليه العقد والمردود بالاقالة والخيار يتوجه فيه مثل ذلك الا أن يقال الفسخ للخيار وقع للعقد من أصله بخلاف العيب والاقالة وقد صرح بذلك القاضي وابن عقيل في خلافهما وفيه بعد ومنها المبيع إذا أفلس مشتريه قبل نقد الثمن ووجده البائع قد نما متصلا قال القاضي وأصحابه يرجع به ولا شيء للفلس وكذلك ابن أبي موسى ذكر الرجوع وهو مأخوذ مما روى اليموني واسحاق بن ابراهيم عن أحمد اذا زادت العين أو نقصت يرجع في الزيادة والنقصان، ولفظ رواية اسحاق قبل له فان كان زاد أو نقص يوم اشتراه قال هو أحق به زاد أو نقص ، وهذا يحتمل أن يراد به زيادة السعر ونقصانه وان استبعد ذلك فليس في استحقاق الرجوع ما ينافي مطالبة بقيمة الزيادة كما لو كانت الزيادة صبغاً في الثوب . وقال الخرقى ليس له الرجوع وذكر القاضي في كتاب الهبة من خلافه أنه منصوص عن أحمد فيكون أسوة بالفرماة كالمطلق الزوج قبل الدخول وقد زاد الصداق زيادة متصلة وفارق الرديب عند من سلبه لأن الرد بالعيب قدرضى المشتري برده بزيادته بخلاف المفلس . ولأن الرد بالعيب استند الى سبب مقارن للعقد والفسخ هنا استند الى سبب حادث وهو حكم الحاكم وهو شبهه بالطلاق قبل الدخول وينتقض الاول بما لو اشترى عبد أثوب فوجد صاحب الثوب به عيبا فانه يردّه ويأخذ المبد وان كان قد سمن . والثاني بما لو باعه عينا بعد افلاسه وقبل حجير الحاكم فان حجره انما هو معتبر بثبوت المفلس وظهوره . وقد سبق نص أحمد بذلك وأيضا لو باعه بعد الحجر ولم يعلم فانه يرجع بها في أحد الوجهين . وفرق الاولون بين رجوع البائع ههنا وبين الصداق بأن الصداق يمكن الزوج الرجوع الى بدله تماما بخلاف البائع فانه لا يمكنه الدخول الى حقه تماما الا بالرجوع ، هذا ضعيف لان اندفاع الضرر عنه بالبدل لا يسقط حقه من

العين لو كان ثابتاً ثم يطل بما لو كانت الزوجة مفلسة فإن حقه لا يثبت في العين فبطل الفرق ويتخرج من رواية ابن منصور في الرد بالعيب أن يرجع البائع هنا ويرد قيمة الزيادة كما لو صبح المفلس الثوب (ومنها) ما وهب الأب لولده إذا زاد زيادة متصلة فهل يمنع رجوع الأب أم لا على روايتين معروفتين. والمخصوص عن أحمد في رواية ابن منصور امتناع الرجوع وعلى القول بموازاة فلا شيء على الأب للزيادة لأنها تابعة لما يباح له من مال ولده فهو بالرجوع والقبض يتملك لها (ومنها) إذا أصدقها شيئاً فزاد زيادة متصلة ثم طلقها قبل الدخول لم يكن له الرجوع في نفسه وسقط حقه منه إلى قيمة النصف ذكره الحرقى ولم نعلم عن أحد من الأصحاب خلافه حتى جعله القاضى في المجرد رواية واحدة وفرق بينه وبين البائع المفلس بأن فسخ البائع رفع للعقد من أصله والطلاق قاطع للتكاح من حينه فلا يكون للزوج حق في الزيادة وهذا ممنوع فإن الفسخ بالفلس رفع للعقد من حينه أيضاً فهو كالطلاق، وخرج صاحب المجرد الرجوع في النصف بزيادة انحصلة من الرواية المحكية عن أحمد في الرجوع في نصف الزيادة المنفصلة وأولى. وسند كراصل هذه الرواية فيما بعد أن شاء الله تعالى ويتخرج فيه وجه آخر بالرجوع في النصف بزيادته ويرد قيمة الزيادة كما في الفسخ بالعيب على ما تقدم. وهذا إذا كانت العين يمكن فصلها وقسمتها. وإن لم يمكن فهو شريك بقيمة النصف يوم الاصداق (ومنها) إذا اشترى قصيلاً بشرط القطع فتركه حتى سبيل واشتد أو تمراً ولم يبد صلاحه بشرط القطع فتركه حتى بدا صلاحه فهل يطل البيع بذلك أم لا فيه روايتان: أشهرهما أنه يطل وهو اختيار الحرقى وأبى بكر وابن أبي موسى والقاضى والاكثرين وللبطلان مأخذان أحدهما أن تأخيره محرم لحق الله تعالى فأبطل البيع كتأخير القبض في الروايات ولأنه وسيلة إلى شراء الثمرة ويبيعها قبل بدو صلاحها وهو محرم، ووسائل المحرم ممنوعة وبهذا علل أحمد في رواية أبي طالب: والمأخذ الثاني أن مال المشتري اختلط بمال البائع قبل التسليم على وجه لا يتبر منه فبطل البيع كالتلف فأن تلفه في هذه الحال يطل البيع لضمانه على البائع فعلى المأخذ الأول لا يطل البيع إلا بالتأخير إلى بدو الإصلاح واشتداد الحب وهو ظاهر كلام أحمد في رواية أبي طالب وظاهر كلام الحرقى، ويكون تأخره إلى ما قبل ذلك جائزاً وقد نص أحمد في روايته الحسن بن بواب على أنه إذا أخره حتى تلف بمعاة قبل صلاحه أنه من ضمان البائع معللاً بأن هذا نشأ في ملك البائع ونفذه لما علل بانفصاله للملك البائع علم أن البيع لم يكن منفسخاً قبل تلفه وكان التأخير تقريراً ولو كان المشتري رطبة أو ما أشبهها من المتعاق والمندب أو صوفاً على ظهر فتركها حتى طالت لم ينفسخ البيع لأنه لا نهى في بيع هذه الأشياء وهذه طريقة القاضى في المجرد: وعلى المأخذ الثاني

يطل البيع بمجرد الزيادة واختلاط المالين إلا أنه يعفى عن الزيادة اليسيرة كاليوم واليومين ونص على ذلك أحمد في رواية أحمد بن سعيد ولا فرق بين الثمر والزرع وغيرهما من الرتبة والبقول والصوفة وهي طريقة أبي بكر عبد العزيز والقاضي في خلافه وصاحب المغني وبمثل ذلك أجاب أبو الحسن الجزري فيمن اشترى خعبا ليقطعه فتركه حتى اشتد وغلظ أن البيع ينفسخ ومتى تلف بجائحة بعد الفتح من قطعه فهو من ضمان المشتري وهو مصرح به في المجرد والمغني وتكون الزكاة على البائع على هذا المأخذ بنهر اشكال وأما على الأول فيحتمل أن يكون على المشتري لأن ملكه إنما ينفسخ بعد بدو الصلاح وفي تلك الحال تجب الزكاة فلا تسقط بمقارنته الفسخ على رأي من يرى جواز اقتران الحكم ومانعه كما سبق، ويحتمل أن يكون على البائع ثم يذكر الأصحاب فيه خلافا لأن الفسخ يبدو الصلاح امتد إلى سبب سابق عليه وهو تأخير القطع وقد يقال يبدو الصلاح يتعين انفساخ العقد من حين التأخير ونقل أبو طالب عن أحمد فيما إذا تركه حتى صار شعيرا إن أراد حيلة فسد البيع فمن الأصحاب من جعل هذه رواية ثالثة بالبطلان مع قصد التحيل على شراء الزرع قبل استناده للتبعية (١) كإبن عقيل في التذكرة ومنهم من قال بل متى تعد الحيلة فسد البيع من أصله ولم يتعد بغير خلاف، وإنما الخلاف فيما إذا لم قصد الحيلة ثم تركه حتى بدأ صلاحه كما صاحب المغني. ومنهم من قال قصد الحيلة إنما يؤثر في الائتم لا في الفساد وعدمه وهي طريقة القاضي، وإذا تقرر هذا فالزيادة إنما تعلم باختلاف القيمة لعدم تميزها في نفسها وهي تفاوت ما بين القيمة يوم الشراء وبعد الزيادة الحادثة [بعده]، كذلك قال القاضي في المجرد ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور على ما سيأتي، وهو متش على المأخذ الثاني في الانفساخ بمجرد الزيادة بعد العقد. وأما على المأخذ الأول فالزيادة هي تفاوت ما بين القيمة قبل بدو الصلاح وبعده لأنه لم يزل عنه ملك المشتري وقت ظهور الصلاح، وبذلك جزم في الكافي وحكا في المغني احتالا عن القاضي، وبقي الكلام في حكم الزيادة على الروایتين أما على رواية الانفساخ ففيها روايتان: أحدهما أنها للبائع وهي اختيار ابن أبي موسى والقاضي ونقلها أبو طالب وغيره عن أحمد لأن البيع متى انفسخ يعود إلى بائنه بنائه المنفصل كسمن العبد ونحوه بل هنا أولى لأنه تمام من يتيقنه في ملكه فحقه فيه أقوى، والثانية بتصدقان بها مع فساد البيع قال القاضي في المجرد والروایتين نقلها حنبلي قال وهي محمولة عندي على الاستجاب بوقوع الخلاف في صحة العقد وفساده ومستحق الفاء فاستحب الصدقة به وأنكر الشيخ مجد الدين ثبوت هذه الرواية وقال هي سهو من القاضي، قال وإنما ذكرها القاضي في خلافه

مستدلاً بها على الصحة فأما مع الفساد فلا وجه لهذا القول، وأما ابن أبي موسى فقال وعنه يتصدق
 البائع بالفضل لأنه نما في غير ملكه، وهذا التعليل يرد عليه الزيادة في المردود بالعيب ونحوه، لكن
 المراد أن هذه الزيادة عادت إليه لانفساخ العقد على وجه منهي عنه في الشرع بخلاف الرد بالعيب
 ثم حكى رواية ثالثة باشتراك البائع والمشتري في الزيادة، وهذه الرواية ترجع الى القول بأن الزيادة
 المتصلة لا تتبع في الفسخ بل تبقى على ملك المشتري، وانما شاركه البائع فيها لأنها نمت من ملكه
 وملك المشتري ولولا ذلك لا تفرد بها المشتري وخص ابن أبي موسى هذا الخلاف بالثمار، فاما الزرع
 فلم يذكر فيه خلافاً [الا] أن الزيادة البائع وأما على رواية الصحة ففي حكم الزيادة ثلاث روايات
 احدها من انما يشتركان بينهما [فيها]، نقلها احمد بن سعيد لحدوثها على ملكها كاسبق وحملها القاضي
 على الاستحباب ولا يصح، وبالاشتراك أجاب ابو حفص البرمكي فيمن اشترى [خشباً] للقطع
 فتركه حتى اشتد وغلظ، والثانية يتصدقان بها واخذها القاضي في خلافه من رواية حنبل
 وتلك قد صرح فيها أحد بفساد البيع على ما حكاه القاضي أيضاً في المجرد و[كتاب] الروايتين ثم
 قال وهذا عندي على الاستحباب المنهي عن ربح مالم يضمن وهذا لم يضمن على المشتري فكره له
 ربحه وكره للبائع لحدوثه على ملك المشتري، وكذلك مال صاحب المغنى الى حملها على الاستحباب لأن
 الصدقة بالشبهات مستحب وهذه شبهة لاشتباه الأمر في مستحقها، ولحدوثها بحجة محظورة يشبه هذه
 الرواية ما نص عليه احمد في ربح مال المضاربة اذا خالف فيه المضارب أنه يتصدق به وفيمن أجر
 ما استأجره بربح أنه يتصدق به لدخوله في ربح مالم يضمن والرواية الثالثة أن الزيادة كلها للبائع قلها
 القاضي في خلافه في مسألة زرع الغاصب، ونص عليه احمد في رواية ابن منصور فيمن اشترى
 قصيلاً فتركه حتى سنل يكون للمشتري منه بقدر ما اشترى يوم اشترى فان كان فيه فضل كان
 للبائع صاحب الارض قيل له وكذلك النخل اذا اشتراه ليقلمه فطلع؟ قال كذلك في النخل فان كان
 فيه زيادة فهو لصاحب الارض البائع، ووجهه القاضي بأن الزيادة من [نماء] ملك البائع فهي كالربح في
 المال المغصوب فانه يكون لصاحب المال دون الغاصب ويلقى تصرفه فيه لكونه محظوراً كذلك ههنا
 ويمكن ان يفرق بينه وبين تصرف الغاصب بأن الغاصب انما له آثار عمل فألغيت وههنا للمشتري
 عين مال تمت فكيف يسقط حقه من ثمنائها، ويحاط عنه بأن المشتري إما يستحق بالقدما وقع
 عليه العقد من الثمرة وما زاد على ذلك فلا حقه فيه وهذا البيع لم يتم قبضه فيه ولا وجد في ضمانه
 فلا يستحق أن يقبض غير ما وقع عليه البيع بمقتضى عقده. وحمل القاضي قول احمد ههنا وكذلك
 النخل [إذا اشتراه ليقلمه على أنه اشترى جذوعه ليقطعها]، وقال الترخيع مجد الدين ويحتمل عندي ان

يقال بان زيادة الثمرة في صفتها للشترى وما طال من الجرة للبائع لأن هذه الزيادة لو فرضنا أن المشتري كان قد جزاها اشتراها لأمكن وجودها ويكون للبائع ، فكذلك إذا لم تجز انتهى واختار القاضى خلاف هذا كله وأن الزيادة كلها للشترى مع صحة العقد وللبائع مع فسادها ولم يثبت في كتاب الروايتين في المذهب في هذا خلافاً ، وما قاله من انفراد المشتري بالثمرة بزيادتها مخالف لمخصوص احمد وقياسه كذلك على سمن العبد غير صحيح لأن هذه الزيادة تمت من أصل البائع مع استحقاق ازالتها عنه بخلاف سمن العبد وطوله ولو قال مع ذلك بوجود الاجرة للبائع الى حين القطع لكان أقرب كما أفنى به ابن بطه فيمن اشترى خشباً للقطع فتركه في أرض البائع حتى يقطع واشتد أنه يكون بزيادته للشترى وعليه لصاحب الأرض اجرة أرضه للسدة التي تركها فيه وأخذته من غرس الفاصب ولكن تبقى الشجر في الأرض له اجرة معتبرة وللمالك الزرع فاما بقية الثمر على رؤوس الشجر فلا يستحق له اجرة بحال ذكره القاضى في التفليس وحكم العرايا اذا تركت في رؤوس النخل [حتى أنثرت] حكم الثمر اذا ترك حتى يبدو صلاحه عند القاضى وأكثر الاصحاب ، ومنهم من لم يحكم خلافاً في البطلان في العرية بخلاف الثمر والزرع كالحلواني وابنه ويفرق بينهما بان يبيع العرايا رخصة مستثناة من المازنة المحرمة شرعت للحاجة الى أكل الرطب وشراؤه بالثمن فاذا (١) ترك حتى صار ثمرأ فقد زال المعنى الذى شرعت لاجله الرخصة وصار يبيع ثمر بثمر فلم يصح الا بتعيين (٢) المساواة والله أعلم . وأما العقود فيتبع فيها النماء الموجود حين ثبوت الملك بالقبول أو غيره فلم يكن موجوداً حين الايجاب أو ما يقوم مقامه فن ذلك الموصى به اذا : نادأً منفصلاً (٣) بعد الموت وقبل القبول فانه يقع العين اذا احتمله الثالث ذكره صاحب المغنى ، وقال صاحب المحرر ان قلنا لا يتقبل الملك الا من حين القبول فالزيادة محسوبة كذلك عليه من الثالث ، وان قلنا ثبتت من حين الموت فالزيادة له غير محسوبة عليه من التركة لأنها نماء ملكه ومنه الشقص المشفوع اذا كان فيه شجر فنمى قبل الاخذ بالشفعة فانه ياخذ به بئانه بالثمن الذى وقع عليه العقد ولا شيء عليه في الزيادة وكذلك لو كان فيه ثمر أو زرع فنمى وقلنا يقع في الشفعة كما هو أحد الوجهين فيها ولو تابر الطلع المشمول بالبيع في يد المشتري ثم أخذه الشفيع ففى تبعيته وجهان لتعاق حقه بالطلع ونمائه (ومنه) لو اشترى رجل من أهل الحرب ما استولوا عليه من مال مسلم ثم نمى عند المشتري نماءً منفصلاً (٤) حتى زادت قيمته فانه ياخذ به بالثمن الذى اشتراه به ولا شيء عليه لازيادة نص عليه أحمد في رواية منها ، وأما بقية النماء في عقود التوثق فانه يتبع في الرهن وأموال الزكاة والجلاوى في التركة المتعلقة

(١) في ٧١١ بالثر (٢) وفيها : يتيقن (٣) ، (٤) وفيها : متصلاً

بها حقوق الغرماء ، وإن قيل بانتقالها الى الورثة لان التعلق فيها إما تناق رهن أو جناية والنماء المتصل تابع فيهما صرح القاضي وابن عقيل بذلك كله متفرقا في كلامهما ، وأما عقود الضمان فتتبع في القصب على ظاهر المذهب وحكى ابن أبي موسى فيه رواية أخرى أنه لا يتبع ولا يكون النماء المتصل الحادث في يد الناصب مضموناً اذا رد الاصل كما قبضه وقياسه الدارية لان الانتفاع حاصل به فيصير حكمه حكم الاصل كبناء العين المستأجرة وتتبع أيضاً في الصيد الذي في يد المحرم وفي نماء المقيوض بعقد فاسد وجهان معرفان

(القاعدة الثانية والثمانون)

والنماء المنفصل تارة يكون متولداً من عين الذات كالولد والطلع والصوف واللبن والبيض وتارة يكون متولداً من غيرها واستحق بسبب العين كالمر والارش والحقوق المتعلقة بالاعيان ثلاثة : عقود فسخ وحقوق يتعلق بغير فسخ ولا عقد فاما العقود فاما حالتان احدهما أن ترد على الاعيان بعد وجود نمائها المنفصل فلا يتبعها النماء وسواء كان من العين أو غيرها الا ما كان متولداً من العين في حال اتصاله بها واستتاره وتبعه فيها باصل الحلقة فانه يدخل تبعاً كالولد واللبن والبيض والطلع غير المؤثر او كان ملازماً للعين لا يفارقها عادة كالشمع والصوف فانها تلحق بالمتصل في استتباع العين وفي المجرد والفصول وجه في الرهن انه لا يدخل فيه صوف الحيوان ولبنه ولا ورق الشجر المقصود وهو بعيد ، أما المنفصل البائن فلا يتبع بغير خلاف الا في التديرفان في استتباع الاولاد فيه روايتين ، والحالة الثانية ان يحدث النماء بعد ورود العقد على العين فينقسم العقد الى تملك [وغيره] . وأما عقود التملكيات المنجزة فمأورد منها على العين والمنفعة بعوض أو غيره فانه يستلزم استتباع النماء المنفصل من العين وغيره كالبيع والهبة والعق ووعوضه وعوض الخلع والكتابة والاجارة والصدائق وغيرها وما ورد منها على العين المجردة من غير منفعة كالوصية بالرقبة دون المنافع والمشتري لها من مستحقها على القول بصحة المبيع فلا يتبع فيه النماء من غير العين ، وفي استتباع الاولاد وجهان بناء على أن الولد جزء أو كسب وما ورد فيها على المنفعة المجردة فان عم المنافع كالوقف والوصية بالمنفعة تتبع فيه النماء الحادث من العين وغيرها الا الولد فان فيه وجهين مصرح بهما في الوقف ومخرجان في غيره بناء على أنه جزء أو كسب وفي ارش الجناية على الطرف بالاتلاف احتالان مذكوران في الترغيب هل هو للوقف عليه كالفوائد أو يشتري به شقص يكون وفقاً كبذل الجملة فان كانت الجناية بغير اتلاف فالارش للوقوف عليه

وجها واحدا وان كان العقد على منفعة خاصة لا تأبد كالأجارة فلا تتبع فيه شيئا من النماء المنفصل
بغير خلاف وأما عقود غير التملكيات المنجزة فنوعان أحدهما [ما] يؤول إلى التملك فيا كان منه لازما
لا يستقل العاقد (١) أو من يقوم مقامه بإبطاله من غير سبب فانه يتبع فيه النماء المنفصل من العين وغيرها
ويندرج في ذلك صور :

(منها) المكاتب فيملك اكتسابها ويتبعها أولادها بمجرد العقد (ومنها) المكاتب يملك
اكتسابه ويتبعه أولاده من أمته كما يتبع الحر ولده من امته ولا يتبعه ولده من أمة لغيره
(ومنها) الموصى بعقده اذا كسب بعد الموت وقبل اعتناق الوريثة فان كسبه له ذكره
القاضي وابن عقيل وصاحب المحرر لأن اعتاقه واجب لحق الله تعالى ولا يتوقف على قبول فهو
كالعتق بخلاف الوصية لمعين وقال صاحب المغني في آخر باب العتق كسبه للوريثة كأم الولد ولكن
يمكن التفريق بينهما بأن أم الولد مملوكة لسيدها والموصى بعقده غير مملوك للوريثة لأن الوصية تمنع
انتقاله اليهم ، واذا قيل هو على ملك الميت فهو ملك تقديري لا يمنع من استحقاق الكسب فلو كان
أمة فولدت قبل العتق وبعد الموت تبعها الولد كأم الولد هذا هو الظاهر ، وقال القاضي في تعليقه
لا يمتنع (ومنها) المعلق عتقه بوقت أو صفة بعد الموت كمن قال لعبيده ان مت ثم دخلت الدار فانت
حر أو انت حر بعد موتى بسنة ومحمضا ذلك فكسبه بين الموت ووجود شرط العتق للوريثة ذكره
القاضي وابن عقيل وصاحب المغني كأم الولد بخلاف الموصى بعقده . لأن ذلك وجب عتقه في الحال
وهذا يتردد في وجود شرط عتقه فانه قد يجحى الوقت المعين بعد موته وقد لا توجد الصفة حتى ذكر
في المغني في منع الوارث من التصرف فيه قبل الصفة احتمالين وصرح صاحب المستوعب بانه
باقى على حكم ملك الميت لا ينتقل إلى الوريثة كالموصى بعقده . وعلى هذا فيتوجه أن كسبه له وما قيل
من احتمال موته قبل الصفة معارض باحتمال موت الموصى بعقده قبل العتق ، وأما ان كانت أمة
وولدت بعد الموت فهو تابع لها كأم الولد صرح به القاضي وابن عقيل وهو متوجه سواء قيل
إن هذا العقد تدبير كقول ابن أبي موسى والقاضي في خلافه أو قيل إنه تعليق كقول القاضي
في المحرر وابن عقيل فانه تعليق لازم مستقر لا يمكن إبطاله فهو كالكتابة ، وهذا يشهد لما ذكرنا
من تبعية الولد في التي فيها (ومنها) الموصى بوقت اذا تم بعد الموت وقبل إيقاضه فأتى الشيخ تقي
الدين أنه يصرف منصرف الوقف لأن نماءه قبل الوقف كنهائه بعده (ومنها) (٢) ما نقل يعقوب بن
بختان وإبراهيم بن هاني عن أحمد فيمن جعل مالا في وجوه البر فأتجر به الوصي قال إن ربح

(١) في نسخة العقد (٢) هذه الفقرة ليست في نسخة الدار

جعل ربحه مع المالكين أوصى به وإن خسر كان ضامنا ، فهذا إن كان مراده إذا وصى بفرقة عين المال فواضح وإن كان وصى أن يشتري فيما ينمو ويوقف أو يتصدق بنمائه كان مخالفا لما أئتم به الشيخ (ومنها) الموصى به لمين يقف على قبوله إذا نوى بعد الموت وقبل القبول نكلا منفصلا فينفي على أن الملك قبل القبول هل هو للوارث أو للبيت أو للموصى له ، وفيه ثلاثة أوجه فإن قيل إنه للوارث فهو مختص بنمائه وإن قيل هو على ملك الميت فنمائه من التركة وإن قيل أنه للموصى له بمعنى أنا تثبت بقبوله ملكه بالموت أو قيل إنه لا يتوقف ملكه على قبول فنمائه كله للموصى له (ومنها) النذر والصدقة والوقف إذا لزم في عين لم يجز لمن أخرجهما عن ملكه أنه يشتري شيئا من تاجها نص عليه أحمد في الصدقة والوقف في رواية حنبل . ولو اشترى عبدا فاعتقه ثم بان به عيب فاخذ أرشه فهل يملك لنفسه أو يجب عليه صرفه في الرقاب على روايتين وخص القاضى الروايتين بالعتق عن الواجب إذا كان العيب يمنع الاجزاء إلحاقا للارش بالولا ، ولو اشترى شاة فاجبها أضحية ثم أصاب بها عيبا فاخذ أرشه اشترى به أضحية فإن لم يمكن تصديق به ذكره القاضى وفرق بينه وبين العتق بأن القصد من العتق تكميل أحكام العبد وقد حصل والقصد من الأضحية إيصال لحمها إلى المسكين فإذا كان فيه عيب دخل الضرر عليهم فوجب رد أرشه عليهم جبرا [وتكبيلا] لحقهم وفي الكافي احتمال آخر أن الارش له كافي العتق وأما الهدى والأضحية إذا تعين فإن قيل إن ملكه لا يزول بالتعيين كقول القاضى والاكثرين فهو من هذا النوع وإن جاز إبداله لأن إبداله نقل للحق لا إسقاط له كالوقف ويتبعه نمائه منه كالولد فإذا ولدت الأضحية ذبح معها ولدها وهل يكون أضحية بطريق التبع أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما هو أضحية قاله في المغنى فيجوز أن يأكل منه كامه والثاني ليس بأضحية قاله ابن عقيل قال وإن تصدق به صحيحا فهل يجزى ؟ فيه احتمالان لتردده بين الصدقة المطلقة وبين أن يحذى به حذو الام والاشبه بكلام أحمد أنه أضحية فإنه قال في رواية ابن مشيش يذبحها ولدها عن سبعة وقال في رواية ابن منصور يبدأ بإيهما شاء في الذبح وأنكر قول من قال لا يبدأ إلا بالأم وعلى هذا فهل يصير الولد تابعا لأمه أو مستقلا بنفسه حتى لو باع أمه أو عابت وقتنا برد إلى ملكه فهل يرجع ولدها معها على وجهين ذكرهما في المغنى ولا فرق بين أن يعين ابتداء أو عن واجب في الزمة على الصحيح وفيه وجه آخر إن المعينة عما في الزمة لا يتبعها ولدها لأن الواجب في الزمة واحد والصحيح الأول لأنها بالتعيين صارت كالمعينة ابتداء وأما اللبن فيجوز شربه ما لم يسجنها للنص ولأن الأكل من لحمها جائز فيجوز الانتفاع بغيره من منافعه ومن درها وظهرهما فاما الصوف فنص أحمد على كراهة جزئه إلا أن يطول ويكون جزؤه

نفعا لها ، قال الأصحاب ويتصدق به وفرقوا بين الصوف واللبن بأن الصوف كان موجودا حال
إيجابها فورد الإيجاب عليه واللبن يتجدد شيئا بعد شيء فهو كمنفعة ظهرها ، وقال القاضي في المهرد
ويستحب له الصدقة بالشعر وله الانتفاع به وذكر ابن الزاغوني أن اللبن والصوف لا يدخلان في
الإيجاب وله الانتفاع بهما إذا لم يضر بالهدى وكذلك قال صاحب التلخيص في اللبن ولو فقه أرجل
عين الهدى الممين ابتداء أخذ منه أرشه وتصدق به ذكره القاضي في خلافه وإن قيل بزوال ملكه
بالتعيين كقول أبي الخطاب فهو من قسم التلخيص كالعتق والوقف وإن جاز الانتفاع
ببعض منافعه كمن وقف مسجدا فانه يتنفع به مع جملة المسلمين وأما ما كان منها غير لازم وهو
[ما] يملك العاقد إبطاله إما بالقول أو تمتع نفوذ الحق المتعلق به بإزالة الملك من غير وجوب ابدال
فلا يتبع فيه النماء من غير عينه ، وفي استنباط الولد خلاف ، ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المدبرة فانه يتبعها ولدها على المذهب المشهور وعنه رواية أخرى لا يتبعها وزعم أبو الخطاب
في انتصاره أن هذا الخلاف نزل على أن التدبير هل هو لازم أم لا . فإن قيل بازومه تبع الولد والا
لم يتبع وابن أكثر الأصحاب ذلك وعلى القول بالتبعية قال الأكثرون يكون مدبرا بنفسه لا بطريق
التبعية بخلاف ولد المكاتب وقد نص أحمد في رواية ابن منصور على أن الأم لو عتقت في حياة السيد
لم يعتق الولد حتى يموت وعلى هذا لو رجع في تدبير الأم وقتلنا له ذلك بقي الولد مدبرا هذا قول
القاضي وابن عقيل ، وقال أبو بكر في التبعية بل هو تابع محض لما ان عتقت عتق وإن رقت رقت
وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضا (ومنها) المعلق عتقها بصفة إذا حملت وولدت بين التعليق
ورجود الصفة ففى عتقه معها وجهان معروفان ولو لم توجد الصفة في الأم لم يعتق ولو وجدت فيه
الصفة لأنه تابع محض (ومنها) الموصى بعتقها أو وقفها إذا ولدت قبل موت الموصى لم يتبعها ذكره
القاضي في الموصى بعتقها وقياسه الأخرى ويحتمل أن تنفع في الوصية بالوقف بناء على أن الغلب
فيه شوب التحرير دون التمليك (ومنها) المعلق وقفها بالموت إن قلنا هو لازم وهو ظاهر كلام
أحمد من رواية الميموني [صارت كالمستولدة فينبغي أن يتبعها ولدها وإن قلنا ليس بل لازم وكلام أحمد
في آخر رواية الميموني (١) يشعر به حيث قال إن كان تناول وشبهه بالمدير يعنى أنه يتبعه فهل يتبعها الولد
كالمدير أولا ينبع لأن الوقف تغلب فيه شائبة التمليك فهو كالموصى به ويحتمل وجهين .

النوع الثاني عقود موضوعة لتغير تمليك العين فلا يملك بها النماء بغير أشكال إذ الأصل لا يملك
فالفرد أولى ولكن هل يكون النماء تابعا لأصله في ورود العقد عليه وفي كونه مضمونا أم غير

مضمون فان كان العقد وارداً على العين وهو لازم فحكم التماحك الاصل ، وان كان غير لازم او لازماً لكنه معقود على المنفعة من غير تأييد او على ما في الذمة فلا يكون النماء داخل في العقد وهل يكون تابعاً للأصل في الضمان وعدمه فيه وجهان احدهما : أنه تابع له فيها . والثاني ان شارك الاصل في المعنى الذي أوجب الضمان او الائتمان تبعه والا فلا ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) الموهون فهاؤه المنفصل كله رهن معه سواء كان متولداً من عينه كالثمره والولد او من كسبه كالأجرة أو بدلا عنه كالارش وهو داخل معه في عقد الرهن فتملك الوكيل في بيع الرهن ييمه معه وان كان حادثاً بعد العقد والتوكيل (ومنها) الاجير كالراعي وغيره فيكون النماء في يده أمانة كاصله ولا يلزمه رعي سخال الغنم المعنية في عقد الرعي لانها غير داخله فيه بخلاف ما اذا كان الاستئجار على رعي غير معينة فان عليها رعي سخالها لان عليه أن يرعى ماجرى العرف به مع الاطلاق ذكره القاضي في المجرد (ومنها) المستأجر يكون النماء في يده أمانة كأصله وليس له الانتفاع به لانه غير داخل في العقد وهل له امساك بغير استئذان ماله ك تبعاً لأصله جعلاً للاذن في امساك أصله اذن في امساك نمائه ام لا كمن أطارت الريح الى داره ثوب غيره خرجه القاضي وابن عقيل على وجهين (ومنها) الوديعة هل يكون بماؤها وديعة وأمانة محضة كالثوب المطار الى داره على الوجهين أيضاً (ومنها) العارية لا يرد عقد الاعارة على ولدها فليس للمستعير الانتفاع به وهل هو مضمون كأصله ام لا على وجهين ذكرهما القاضي وابن عقيل في باب الرهن احدهما هو مضمون لانه تابع لأصله والثاني ليس بمضمون لان أصله انما ضمن لامساك للانتفاع به [في باب الرهن] والنماء بمسوك لحفظه على المالك فيكون امانة وقال في كتاب النصب ان في ولد العارية وجهاً واحداً (ومنها) المقبوضة على وجه السوم اذا ولدت في يد القابض قال القاضي وابن عقيل حكمه حكم أصله ان قلناه هو مضمون فالولد مضمون والا فلا ويمكن ان يخرج فيه وجه آخر انه ليس بمضمون كولد العارية لان أمه انما ضمننت لقبضها بسبب الضمان والتملك والولد ولم يحصل قبضه على هذا الوجه فهو كالثوب المطار بالريح الى ملكه (ومنها) المقبوض بمقد فاسد وفي ضمان زيادته وجهان ووجه القاضي سقوط الضمان بانه انما دخل على ضمان العين دون نمائها وهو منتقض بتضمينه الأجرة (ومنها) الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعاق بالولاد من شيء من هذه الأحكام لان هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين فهي كسائر عقود المداينات ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل واختار القاضي في خلافه ان ولد الضامنة يتبعها ويبيع معها كولد الموهونة بناء على أن دين المأذون له يتعاق برقبته وضعفه ابن عقيل في نظرياته لان التعلق بالرقبة هنا كمتعلق الجنانية فلا

يسرى (ومنها) لو حلف لا ياكل عما اشتراه فلان فاكل من لبنه أو يعضه لم يحنث لان العقد لم يتعلق ذكره القاضى فى خلافه فان العين ليست لازمة بل بخير الخالف بين التزامها وبين الحنث فيها وتكفيها [وهذا] بخلاف ما لو حلف لا ياكل من هذه الشاة فانه يحنث باكل لبنها لانه لا يؤكل منها فى الحياة عادة الا اللبن فاما تاجها فقيه نظر .

(فصل) هذا حكم النماء فى العقود وأما فى الفسوخ فلا تتبع فيها النماء الحاصل من الكسب بغير خلاف ، وأما المتولد من العين ففى تبعيته فيها روايتان فى الجملة ترجعان الى ان الفسخ هل هو رفع للعقد من اصله او من حينه والاصح عدم الاستتباع ويندرج تحت ذلك صور :

(منسباً) إذا عجل الزكاة ثم هلك المال وقتلناه الرجوع بها فانه يرجع بها وهل يرجع بزيادتها المتصلة على وجوبين اظهرهما لا يرجع والثانى يرجع واختاره القاضى فى خلافه (ومنها) المبيع فى مدة الخيار اذا نمت نماء منفصلاً ثم فسخ البيع هل يرجع به البائع ام لاخرجه طائفة من الاصحاب كصاحب التلخيص والمستوعب على وجوبين كالفسخ بالعيب ، وقد ذكر القاضى فى خلافه وابن عقيل فى عمده ان الفسخ بالخيار فسخ للعقد من أصله لانه لم يرض فيه بلزوم البيع بخلاف الفسخ بالعيب ونحوه فعلى هذا يرجع بالنماء المنفصل فى الخيار بخلاف العيب (ومنها) الاقالة اذا قلنا فى فسخ فالنماء للمشتري ذكره القاضى فى خلافه ، ويتخرج فيه وجه آخر أنه يرد مع اصله حكمه ابو البركات فى تعليقه عن القاضى فى خلافه ايضاً (ومنها) الرد بالعيب وفى رد النماء فيه روايتان اشهرهما انه لا يرد كالكسب ونقل ابن منصور عن أحمد كلاماً يدل على أن اللبن وحده يرد عوضه لحديث المصراة ونقل عنه ابن منصور أيضاً أنه ذكر له قول سفيان فى رجل باع ماشية أو شاة فولدت أو نحلا لها ثمرة فوجد بها عيباً أو استحق أخذ منه قيمة الثمرة وقيمة الولدان كان أحدث فيهم شيئاً أو كان باع أو استهلك فان كان مات أو ذهب به الريح فليس عليه شيء . قال أحمد كما قال وهذا يدل على أن النماء المنفصل يرد مع وجوده ويرد عوضه مع تافه ان كان تلف بفعل المشتري وان كان تلف بفعل الله تعالى لم يضمن لأن المشتري لم يدخل على ضمانه فيكون كالإمامة عنده واما إذا ما انتفع به فانه يستقر الضمان عليه فيرد عوضه كما دل عليه حديث المصراة وكما نقول فى المنتهب من الغاصب انه اذا انتفع بالموهوب فاتلفه استقر الضمان عليه وحمل القاضى هذه الرواية على أن البائع كان قد دلس العيب وان كان النماء موجوداً حال العقد ولكن المنصوص عن أحمد فى المدلس انه يرجع بالثمن وان تلف المبيع الا أن نصه فى صورة الابق وهو تلف بغير فعل المشتري واطلق الأكثرون ذلك من غير تفصيل بين ان يتلف بفعله او بفعل غير لانه سلطه على

إتلافه بتغيره فلا يستقر عليه الضمان كما يرجع المقرور في النكاح بالمهر ، وحكي طائفة من المتأخرين رواية أخرى أنه لا يرجع مع التلف بل يأخذ الأرض ووجه أبو الخطاب في انتصاره وصاحب المعنى وهذا التفصيل بين أن يكون التلف باتضاعه أو بفعل الله تعالى كما حل القاضي عليه رواية ابن منصور أصح ، وهو ظاهر كلام أبي بكر وبذلك أجاب عن حديث المصراة ، وكذلك أجاب القاضي في خلاه . ويمكن أن يقال مثل ذلك في الماء الحادث إذا رد بيب على القول برده كما حملنا عليه رواية ابن منصور أولا والله أعلم (ومنها) فسخ البائع لافلاس المشتري بالثمن هل يتبعه الفناء المنفصل فيروايتان : إحداهما يتبع وهي المرجحة عند القاضي في الخلاف وابن عقيل ونص أحمد في رواية حنبل فيمن اشترى جارية أودابة فولدت ثم أفلس المشتري رجعت إلى الأول لأنها مال البائع وقد استحقها وولدها وهكذا ذكره أبو بكر في التنبيه ، وذكر القاضي في خلاه لفظ هذه الرواية أن أحمد ذكر له قول مالك فيمن اشترى جارية أو دابة فولدت ثم أفلس المشتري أن الجارية والدابة وولدها للبائع إلا أن يرغب الغرماء في ذلك فيعطوه حقه كاملا ويمسكون ذلك فقال أحمد ترجع إلى الأول لأنها مالها وهذا لا يدل على غير الرجوع في الجارية والدابة . وإنما القائل بالرجوع في الولد مالك (١) وليس في كلام أحمد موافقة له وأبو بكر كثيرا ما ينقل كلام أحمد بالمعنى الذي يفهمه منه فيقع فيه تغير شديد ووقع له مثل هذا في كتاب زاد المسافر كثيرا مع أن ابن أبي موسى وغيره تأولوا الرجوع بالولد على أنه كان موجودا في عقد البيع حملا ، واختاروه وابن حامد أمه للمجلس لأنها نمت في ملكه وهو ظاهر كلام الحرق وكذلك صححه القاضي في المحرد وابن عقيل في الفصول . (ومنها) اللقطة إذا جاء مالها فقد تمت نماء منفصلا فهل يسترده معها على وجه خرجها القاضي وابن عقيل من المجلس وقرق بينهما صاحب المعنى ويحتمل الرجوع هنا بالزيادة المنفصلة وحيا واحدا لأن تملكها إما كان مستندا إلى فقد ربحها في الظاهر وقد تبين خلاه فانسخ الملك من أصله لظهور الخطأ في مستنده ووجب الرجوع بما وجده منها قائما ، وهذا [هو] الذي ذكره ابن أبي موسى وذكره أصلا من كلام أحمد في طيرة فرخت عند قوم أنهم يردون فراخها (ومنها) رجوع الأب فيما وهبه لولده إذا كان قد نما نماء منفصلا هل يسترده معه أم لا فيه وجهان . (ومنها) إذا وهب المريض جميع ماله في مرضه ونما منفصلا [ومات] ولم يجز الورثة فذكر القاضي في خلاه أن الموهوب له يملكه بالقض وجاز له التصرف فيه اجماعا وإنما ثبت للورثة حق الفسخ فيما زاد على الثلث وإذا جار واسقط حقهم من الفسخ فعلى هذا يتخرج في استرجاع النماء وجهان أظهرهما أن النماء للتهب

(١) في نسختنا : يملك .

الى حين الفسخ به على هذا الشيخ مجد الدين والمعروف في المذهب أن الهبة تقع مراعاة فلا يتبين ملكها الا حين خروجها من الثلث عند الموت وان خرج بعضها فله منها مقدار الثلث ويتبهم ثماؤه والرائد مبني على الخلاف في الاجازة هل هي تنفيذ أو هي عطية مبتدأة . (ومنها) اذا عاهد الصداق أو نصفه الى الزوج قبل الدخول بطلاق أو فسخ وقد تماعدت الزوجة نكاحاً منفصلاً فهل يرجع بنكاحه أو نصفه المذهب أنه لا يرجع به ونص عليه احمد في رواية أبي داود وصالح ونقل عنه ابن منصور أنه ذكر له قول سفيان في رجل تزوج امرأة على خادمة ثم زوجها غلامه فولدت أولاداً ، فطلق امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف قيمتها وقيمة ولدها قال احمد جيد واختلف اصحابنا في معنى هذه الرواية على طريقين : أحدهما وهو مسلك القاضي أنها تدل على أن الزوجة انما ملكت بالعقد نصف الصداق فيكون لها نصف ثمنه وجعل قوله وقيمة ولدها مجروراً بالمعطف على قوله نصف قيمتها أي ونصف قيمة ولدها . قال وذكر القيمة هنا محمول على اتراضى عليها أو على أن المراد نصف الأم ونصف الولد ولم يرد القيمة وهذا المسلك ضعيف جداً او في تمام النصف ما يبطله وهو قول احمد فان أعتقها قبل أن يدخل بها لا يجوز عتقها لأنها من حين تزوجها وجبت لها الجارية وهذا تصريح بانها ملكت الأمة كلها بالعقد إذ لولا ذلك لعتق نصفها بالملك وسرى عتقها إلى الباقي مع اليسار وكذلك سلك أبو بكر في زاد المسافر وابن أبي موسى في تفريع هذا النص وبنياه على أن المرأة لم تملك بالقدح الا النصف ثم خرج أبو بكر لاحد قولاً آخر في هذه المسئلة على قوله تملك الصداق كله بالعقد ان الأولاد والنكاح لها ويرجع بنصف قيمة الأم دون الأولاد يعني الزوج قال وبه أقول وهو اختيار صاحب المغني أيضاً فراراً من التفريق بين الأم ولدها في بعض الزمان وأما ابن أبي موسى فإنه خرج وجهاً على القول بملك الصداق كله بالعقد أن الولد للبراة لحدوثه في ملكها ولها نصف قيمة الأم فجعل للزوجة القيمة كافي نص احمد وهذا الوجه ضعيف جداً حيث تضمن التفريق بين الأم ولدها بغير العتق ومنع الزوجة من أخذ نصف الأمة وهو اقرب إلى عدم التفريق من أخذ نصف القيمة ، وعند القاضي اذا قيل إن الولد كله للزوج نصف قيمة الأم صرح به في المجرد ، وقال في الخلاف يرجع بنصف الأمة والطريق الثاني في معنى الرواية انها تدل على أن النكاح المنفصل يرجع به الزوج بالفرقة تبعاً للأصل ، وهذا مسلك جماعة منهم صاحب المحرر لكنه استشكل ايجاب القيمة دون المعين وقال لا أدري هل هو لنقص الولادة أو لغير ذلك فان احمد جعل للمرأة نصف قيمة الأمة ونصف قيمة الولد لأجل حق الزوج فيطلس في نصف الأمة وولدها وليس ذلك بأولى من العكس . وقد يجاب عن ذلك بأن بالطلاق يرجع به نصف الأمة

الى الزوج قهراً كالميراث لانه باق بعينه لاسيما والاملاك القهريه يملك بها ما لا يملك بالمعقود الاختيارية فلا يجبر الزوج بعد ذلك على أخذ قيمته بل يتعين تكميل الملك له في الأموال ولد حذراً من التفريق المحرم . ويشبه هذا ما قاله الخرقى فيما إذا كان الصداق أرضاً فبنت فيه (١) ثم طلقها قبل الدخول ان الزوج يرجع بنصف الأرض ويملك عليها البناء الذي فيه بالقيمة لكن احمد في تمام هذا النص بعينه من رواية ابن منصور ذكر مسئلة البناء وصيغ الثوب وقال للزوج نصف القيمة لانه استهلاك ففرق بين أن يكون المرأة وصلت الصداق بما لها على وجه لا يفصل عنه الا بضرب عليها وبين أن يكون باقياً بعينه ففي الأول يتعين للزوج نصف القيمة لاختلاط المالكين وفي الثاني يرجع بنصف العين لبقائها بما لها وإنما جاء الاجبار على تكميل الملك [للبائع] الشرعى من التفريق ويحتمل عندى في معنى رواية ابن منصور طريق ثالث وهو أن يكون أراد [احمد] أن للزوجة نصف قيمة الأمة ولها قيمة ولدها كاملة لان الولد نماء تختص به الزوجة وقد عاد إلى الزوج نصف الام فيجبر الزوج على أخذ نصف قيمة الام وقيمة الولد بكالها حذراً من التفريق ، ولعل هذا أظهر مما قبله والله أعلم . (ومنها) من وجد عين ماله الذي استولى [عليه] الكفار من المغنم قبل القسمة وقد نوى نماء منفصلاً ، فان قلنا لم يملكه الكفار بالاستيلاء فهو له بنائه وإن قلنا ملكوه فانه يرجع فيه وهل يرجع بنائه يتخرج على وجهين كبائع المفلس لأن حقوق الغائبين متعلقة بالنماء كتمتع حقوق غرما المفلس بأحواله (٢) وذكر القاضى في المجرى أنها إذا كانت أمة فوطئها الحربى وولدت منه ان الولد غنيمة لا يرجع به المالك لانه حدث في ملك الحربى الواطئ فانه قد حرراً لكن هذا قد يختص باستيلاء المالك لها فان ولده ينعقد حراً وأما يطرأ عليه الرق بعد ذلك فلا يكون من نمائها بخلاف ما لو زوجها فولدت من الزوج فانه يكون من نمائها لانمقاده رقيقاً . وقد سئل احمد عن عبد المسلم إذا لحق بدار الحرب ثم رجع ومعه من أموالهم فتوقف في مستحق المال الذى معه ، وقال مرة هو للسليين وأنكر أن يكون للسيد وعلل بأن العبد ليس له غنيمة . قال الخلال وهذا هو المذهب لأن العبد لا غنيمة له وحمله القاضى على أن ما يأخذه الواحد من دار الحرب يكون شيئاً قال : وأما ان قلنا هو لأخذه فهو هنا للسيد فصل وأما الحقوق المتعلقة بالأعيان من غير عقد ولا فسخ فان كانت ملكاً قهرياً لحكمه حكم سائر التملكات . وإن لم تكن ملكاً فان كانت حتماً لازماً لا يمكن ابطاله بوجه كحق الاستيلاء وسرى حكمه الى الاولاد دون الاكساب لبقاء ملك مالكة عليه وان كان غير لازم . بل يمكن ابطاله إما باختيار

(١) كذا في الأصل ولعلها فبنت فيها (٢) في نسختي الدار : بأمواله

المالك أو برضى المستحق لم يتبع النماء فيه الأصل بحال وبتخرج على ذلك مسائل :

(منها) الأمة الجانية لا يتعلق الجناية بأولادها ولا اكسابها لأن حق الجناية ليس بالقوى، ولهذا لم يمنع التصرف عندنا ولأن حق الجناية يتعلق بالجناية لصدور الجناية منها وهذا مفقود في ولدها وكسبها ملك للسيد بخلاف المكاتبه . (ومنها) تركه من عليه دين إذا تعلق بها حق الغرماء بموته فإن قيل هي باقية على حكم ملك الميت تعلق حق الغرماء بالنماء أيضا كالمهرين كذا ذكره القاضي وابن عقيل في كتاب القسمة وينبغي أن يقال إن قلنا أن تعلق الدين بالتركة تعلق رهن يمنع التصرف فيه فالأمر كذلك وإن قلنا تعلق جناية لا يمنع التصرف فلا يتعلق بالنماء ، وأما إن قلنا لا تنتقل التركة إلى الورثة بمجرد الموت لم تتعلق حقوق الغرماء بالنماء إذ هو تعلق قهرى كالجناية كذا ذكره القاضي وابن عقيل . وخرج الأمدى وصاحب المغنى تعلق الحق بالنماء مع الانتقال أيضا كتعلق الرهن ويقوى هذا على قولنا إن التعلق تعلق رهن وقد يبنى ذلك على أصل آخر وهو أن الدين هل هو باق في ذمة الميت أو انتقل إلى ذمم الورثة أو هو متعلق بأعيان التركة لا غير وفيه ثلاثة أوجه الأول قول الأمدى وابن عقيل في الفنون وصاحب المغنى وهو ظاهر كلام الأصحاب في مشكلة ضمان دين الميت ؛ والثاني قول القاضي في خلافه وأبى الخطاب في انتصاره وابن عقيل في موضع آخر [كذلك] قال القاضي في المجرد لكنه خصه بحالة تأجيل الدين لمطالبه الورثة بالتوثقة والثالث قول ابن أبى موسى فيتوجه على قوله أن لا يتعلق الحقوق بالنماء إذ هو لتعلق الجناية وعلى الأولين يتوجه تعلقها بالنماء كالأمر وقد يقال لا يتعلق حقوق الغرماء بالنماء إذ قلنا تنتقل التركة إلى الورثة بكل حال إلا أن نقول إن الدين في ذممهم لأن تبعية النماء في الرهن إنما يحكم به إذا كان النماء ملكا لمن عاينه الحق فاما إن كان ملكا لغيره لم يتبع كما لو رهن المكاتب سيده فإن كسبه لا يكون داخلا في الرهن لأنه على ملك المكاتب فكذلك يبنى أن يقال فيمن استعار شيئا لغيره فرفهه أن النماء لا يدخل في الرهن لذلك وقد يقال التركة تعلق الحق بها تعلقا قهرى مع انتقال ما سكبها إلى الورثة فكذلك ماؤها . ويجب عنه بأن التعلق حالة الانتقال إنما ثبت بضعف المانع منه حيث اقترن التعلق وما منه وهو الانتقال ، فلما بعد الانتقال واستقرار الملك فلا يتعلق لسبق المانع واستقراره والله أعلم .

وأما تعلق الضمان بالأعيان للعدى فيتبع فيه النماء المنفصل إذا كان داخلا تحت اليد العدوانية . فن ذلك الغصب يضمن فيه النماء المنفصل على المذهب ولم يحك ابن أبى موسى في ضمها خلافا مع حكايته الخلاف في المنع ولا يظن العرق بينهما فالخبرج متوجه بل قد

يقال ظاهر كلام احمد في رواية ابن منصور التي ستمناها في الرد بالعيب تدل على عدم الضمان حيث سري بين ظهور العيب وبين الاستحقاق . (ومنه) الأمانات اذا تعدى فيها ثم تمت فانه يتبعها في الضمان ومنه صيد الحرم والاحرام ضمن ثماؤه المنفصل اذا دخل تحت اليد الحسية وان لم يدخل تحت اليد لكنه هلك بسبب امساك الام قبيح خلاف مشور

[تنبيه] اضطرب كلام الاصحاب في الطلع والحمل هل هما زيادة منفصلة او متصلة اما الطلع فلا محاب فيه طرق أحدها أنه زيادة متصلة سواء أبرأ ولم يؤبر وبه جزم القاضى وابن عقيل في كتاب الصداق وان الزوج يجبر على قبوله اذا بذلتها الزوجة بكل حال وكذا ذكر صاحب الكافي في كتاب الصداق وجعل كل ثمرة على شجرها زيادة متصلة وصرح القاضى في المجرد في باب النصب بأن الزيادة المتصلة التي يمكن إفرادها كصبغ الثوب وتزويق الدار والمسامير هل يجبر على قبولها يخرج على وجهين أصحابا يجبر وهو قول الخرق في الصداق . والثاني أنه زيادة منفصلة بكل حال أبرأ ولم يؤبر لانه يمكن فصله وافراده بالبيع كذا أطلقه القاضى وابن عقيل أيضا في موضع من التفليس والرد بالعيب وصرح صاحب المغنى بأبدائه احتمالا وحكاية في الكافي عن ابن حامد . الثالث أن المؤبر زيادة منفصلة وغير المؤبر زيادة متصلة صرح به القاضى وابن عقيل أيضا في التفليس والرد بالعيب وذكر أنه منصوص عن احمد اعتبارا بالبيعة في البيع وعدمها . الرابع أن غير المؤبر زيادة متصلة بغير خلاف وفي المؤبر وجهان وهذه طريقة صاحب الترخيب في الصداق . والخامس أن المؤبر زيادة منفصلة وجه واحد وفي غير المؤبر وجهان واختار ابن حامد أنها منفصلة وهى طريقة الكافي في التفليس : وأما الحمل فقال القاضى وابن عقيل في الصداق هو زيادة متصلة قال القاضى ويجبر الزوج على قبولها اذا بذلتها المرأة وخالفه ابن عقيل في الأدميات لأن الحمل فيهن نقص من جهة وزيادة من جهة بخلاف البائتم فانه فيها زيادة محضة وقال القاضى في التفليس يبنى على أن الحمل له حكم أم لا فان قلنا له حكم فهو زيادة منفصلة والا فهو زيادة متصلة كالسمن وفي التلخيص الاظهر أنه يتبع في الرجوع كما يتبع في البيع والحب اذا صار زرعاً والبيضة اذا صارت فرخاً فكثر الاصحاب على أنها داخلة في النماء المتصل كذلك قال القاضى وابن عقيل في الفلز والذهب وذكر صاحب المغنى وجهاً آخر وصححه أنه من باب تغير بما يزيل الاسم لأن الاول استحالة وكذا ابن عقيل في موضع آخر وفي المجرد : ولو حلف لا يأكل بيضة فصارت فروجاً أو حبا فصار سنبلاً انه لا يبحث بأكله لزوال الاسم ، وهذا انما يتوجه على قول ابن عقيل في مسألة تعارض الاسم والتعيين فاما على المشهور فينبغي أن يبحث وبه جزم القاضى في خلافه وكذا أشار اليه ابن عقيل

في الفصول كما لو حلف لا يأكل هذا الفر فصار ديباً وقد تفرق في مسألة البيضة يقاء حلاوة
الفر ولونه في الدبس بخلاف الفروج ولو اشترى بيضة فوجد فيها فروجا فالبيع باطل نص عليه في
رواية ابن منصور، وهو يشهد للقول بأن البيض والفروج عينا متبايران كما إذا تبايعا دابة يظنان
بأنهما حمار فإذا هي فرس، والفصيل إذا صار سنبلا فهو زيادة متصلة وإذا اشتد الحب فليس بعده
زيادة لا متصلة ولا منفصلة ذكره القاضي

{ القاعدة الثالثة والثمانون }

إذا انتقل الملك عن النخلة بعقد أو فسخ يتبع فيه الزيادة المتصلة دون المنفصلة أو بانتقال
استحقاق فإن كان فيه طالع مؤبر لم يتبعه في الانتقال وإن كان غير مؤبر تبعه كذا قال القاضي
في كتاب التفليس من المجرّد وقال سواء كان الانتقال بعوض اختياري كالبيع والصلح والنكاح
والخلع أو بعوض قهري كالأخذ بالشفعة ورجوع البائع في عين ماله بالعلس وبيع الرهن بعد
أن أطلع بغير اختيار الراهن والرجوع في الهبة بشرط الثواب أو كان الانتقال بغير عوض سواء
كان الانتقال اختياريا كالبية والصدقة أو غير اختياري كالرجوع في الهبة للأب، وهو ظاهر
كلامه في بيع الأصول والثمار أيضا لأنه جعل الكل كالبيع سواء وصرح بذلك صاحب الكافي
في العقود والفسوخ وأما ابن عقيل فإنه أطلق في الفسخ بالأفلاس والرجوع في الهبة أن الطلع
يتبع الأصل ولم يفصل وعلل بأن الفسخ رفع للعقد من أصله وصرح صاحب المغني في البيع
بأن الفسخ يتبع الطلاق فيه أصله سواء أبر أو لم يؤبر لأنه تمام متصل فاشبه السمن وصرح بدخول
الاقالة والفسخ بالعيب في ذلك وهو موافق لكلام الأصحاب في الصداق وقد قدمنا أن صاحب
المغني ذكر احتمالا في الفسخ بالفلس ونحوه أنه لا يتبع فيه الطلع سواء أبر أو لم يؤبر لتمييزه وامكان
افراذه بالعقد فهو كالمفصل بخلاف السمن ونحوه، وهذا عكس ما ذكره في البيع وهو مع ذلك موافق
لاطلاق كثير من الأصحاب أن الثمرة لا ترد مع الأصل بالعيب من غير تفصيل وكذا في الفلس فتحرر
من هذا أن العقود كالبيع والصلح والصداق وعوض الخلع والأجرة والهبة والرهن يفرق فيها بين
حالة التأبير وعدمه. ونص عليه أحمد في الرهن في رواية محمد بن الحكم إلا أن في الأخذ في الشفعة
وجها آخر سبق ذكره أنه يقع فيه المؤبر إذا كان في حال البيع غير مؤبر ولأن الأخذ يستند إلى
البيع إذ هو سبب الاستحقاق وأما الفسوخ ففيها ثلاثة أوجه: أحدها أن الطلع يتبع فيها مع التأبير
وعدمه بناء على أن الطلع زيادة متصلة بكل حال أو على أن الفسخ رفع للعقد من أصله. والثاني لا يتبع

بحال بناء على أنه زيادة منفصلة وإن لم يؤبر : والثالث أن كان مؤبر تابع والأفلا كالعقد وهذا كله على القول بأن النماء المنفصل لا يتبع في الفسوخ ، إما أن قيل بتبعيته فلا اشكال في أن الطلع يتبع سواء أبر أو لم يؤبر وكذلك أن قيل أن الفسوخ لا يتبع فيها الزيادة المتصلة فإن الطلع لا يتبع فيها بكل حال ، وأما الوصية والوقف فالمنصوص عن أحمد أنه يدخل فيهما الشجرة الموجودة يوم الوصية إذا بقيت إلى يوم الموت من غير تفريق بين أن يؤبر أولا يؤبر فقله عنه أبو بكر بن صدقة في الرجل يوصي بالكرم أو البستان لرجل ثم يموت وفي الكرم حمل فهو للوصي له وقال في رواية محمد بن موسى وسئل عن الرجل يوصي البستان أو الكرم لرجل ثم يموت وفي الكرم أو البستان حمل لمن الحمل ؟ قال إن كان يوم أوصى به له فيه حمل فهو له وأطلق بأنه يدخل في الوصية ولم يفصل وقد توجه ؟ بأن الوصية عقد تبرع لا يستدعي عوضا فدخل فيها كل متصل بخلاف عقود المعاوضات وعلى هذا فالهبة المطلقة كذلك وهو خلاف ما ذكره الأصحاب وكذلك الوقف المنجز وأولى ويحتمل أن يختص ذلك بما فيه معنى القرية من الوقف والصدقة والوصية ، وأما اعتبار وجوده يوم الوصية مع أن الملك يترأخى إلى ما بعد الموت فلا أن العقد إذا انعقد كان سببا لنقل الملك وإنما تأخر تأثيره إلى حين الموت فإذا وجد الموت استند الملك إلى حال الإيصاء ولهذا لو وصى له بامة حامل ثم مات الموصى له قبل الوضع فالولد للوصي له بغير خلاف ، وسواء قلنا أن للحمل حكما وأنه كالمنفصل أم لا وأما أن تجدد مستحق من أهل الوقف وفي النخل طلع فيها حالتان :

أحدهما أن يكون استحقاقه من غير انتقال من غيره . والمنصوص عن أحمد أنه إن حدث استحقاقه بعد التأخير لم يستحق من الثمر شيئا وإن كان قبله استحقاق . قال جعفر بن محمد سمعت أبا عبد الله يسأل عن رجل أوقف نخلا على ولد قوم وولده مات والدوا ثم ولد له ولد قال إن كان النخل أبر فليس له في ذلك شيء وهو ملك الأول وإن لم يكن أبر فهو معهم وكذلك الزرع إذا بلغ الحصاد فليس له شيء وإن كان لم يبلغ الحصاد فله فيه ، وكذلك الأصحاب صرحوا بالفرق بين المؤبر وغيره ههنا منهم ابن أبي موسى والقاضي وأصحابه معالين بتبعية غير المؤبر في العقد فكذا في الاستحقاق وعلى بعض الأصحاب بأن غير المؤبر في حكم المدوم لاستناره وكونه والمؤبر في حكم الموجود لبروزه وظهوره وهو شيء بقول من يقول إن الحمل ليس له حكم مالم يظهر

الحالة الثانية أن يخرج بعض أهل الاستحقاق لموت أو غيره وينقل نصيبه إلى غيره قال يعقوب ابن بختان سئل أحمد عن رجل مات فقال ضيعتي التي بالثر لموالي الذين بالثر وضيعتي التي يغدحوا إلى الذين يغدحون وأولادهم فلم بالثر أن يأخذوا من هذه الضيعة التي ههنا ؟ قال لا قد أفرد هذه من هذه

فقيل له فقدم بعض من الثغر الى ههنا وخرج من ههنا بعضهم الى ثم وقد أبرت النخل ألهم فيها ثمرى ، قال لا ، فقيل فان ولد لاحدهم ولد بعد ما أبرت فقال وهذا أيضا شبيه بهذا كأنه رأى ما كان قبل التأبير جائزا أو كما قال وهذا موافق لنصه السابق في أن تجدد المستحق للوقف بعد التأبير لا يقتضى استحقيقه منه وأما خروج الخارج من البلد فلم يشمل جوابه وانقطاع حق المستحق بموته أو زوال صفة الاستحقاق شيه بانفساخ العقد المزيل للملك قهرا وقد سبق الخلاف فيه لاسيما على قولنا ان الوقف ملك للوقوف عليه فيصير موته كانفساخ ملكه فى الاصل فيخرج فى تبعية الطالع الخلاف السابق فان قيل بالفريق بين ما قبل التأبير وبعده فلان الطلع اذا لم يؤبر فى حكم الحمل فى البطن والبن فى الصرع فلا يكون له حكم بملك ولا غيره حتى يظهر . وإن سلم أن له حكما بالملك فالمستحق الحادث لما شارك فى غير المؤبر مع ظهوره على ملك الاول دل على أن ملكهم لم يستقر عليه بخلاف المؤبر فان ملكهم استقر عليه فمن زال استحقيقه قبل استقرار الملك سقط حقه

(فصل) هذا كله فى حكم ثمر النخل فاما غيره من الشجر فما كان له كام فتفتح فيظهر ثمره كالقطن فهو كالطلع وألحق أصحابنا به الزهور التى تخرج منضمة ثم تفتح كالورد والياسمين والبنفسج والرجم وفيه نظر : فان هذا المنظم هو نفس الثمرة أو قشرها الملازم لها كقشر الرمان فظهوره ظهور الثمرة بخلاف الطلع فانه وعاء للثمرة وكلام الخرقى يدل على ذلك حيث قال وكذلك بيع الشجر اذا كان فيه ثمر ياد وبدو الورد ونحوه ظهوره من شجره وانما كان مضيا وللأصحاب وجهان فى الورق المقصود كورق التوت هل يعتبر بفتحه كالثمر أو يتبع الاصل لمجرد ظهوره وهذه الزهور بمنه ومنه ما يظهر نوره ثم يتأثر فيظهر ثمره كالنفاخ والشمس وفيه ثلاثة أوجه أحدها إن تنأثر نوره فهو للبائع والا فلا وبه جزم القاضى فى خلافه لأن ظهور ثمره يتوقف على تنأثر نوره والثانى أنه بظهور نوره للبائع ذكره القاضى احتمالا جعلاً للنور كما فى الطالع لأن الطالع ليس هو عين الثمرة بل هى مستقرة فيه فتكبر فى جوفه وتظهر حتى يصير تلك فى طرفها وهى فمع الرطبة والثالث للبائع بظهور الثمرة وإن لم يتأثر النور كما اذا كبر قبل انتاره وهو ظاهر كلام الخرقى واختيار صاحب المغنى وهو أصح ، وقياس ما فى بطن الصلع على النور لا يصح لأن الثور يتأثر وما فى جوف الطلع ينمو ويتزايد حتى يصير ثمرأ (ومنه) ما يظهر ثمرته من غير نور فهو للبائع بظهوره سواء كان له قشر يبقى فيه الى أكله كالرمان والموز أوله قشران كالجزر والموز أولا قشر له كالتين والتوت وقال القاضى ماله قشران لا يكون للبائع الا بالتسقط قشره الأعلى . ورده صاحب المغنى بان تشققه فى شجره يادرو تشققه قبل كماله يفسده

بمخلاف الطلع وفي المبيع الاعتبار بانعقاد له فان لم يتعقد تبع أصله والا فلا، وأما الزرع الظاهر في الأرض اذا انتقل الملك فيها بالمبيع ونحوه فهو للبائع لأنه ليس من أجزاء الأرض وإنما هو مودع فيها فأنشبه الثمرة المؤجرة قال في المنقذ: لا أعلم فيه خلافاً وفي المبيع للشيرازي ان كان الزرع بدا صلاحه لم يتبع وإن لم يبد صلاحه على وجهين فان قلنا لا يتبع أخذ البائع بقطعه الآن يستأجر الأرض من المشتري الى حين ادراكه، وأما اذا بدا صلاحه فانه يبقى في الأرض من غير أجره الى حين حصاده، وهذا غريب جداً مخالف [لما] عليه الاصحاب مع أن كلام أحمد في استحقاق الوقف يشهد له حيث قال إن ولد مولود من أهل الوقف قبل أن يبلغ الحصاد استحق والآخر لم يستحق لأنه قد انتهى نموه وزيادته يسوؤه الحصاد، وهكذا قال ابن أبي موسى لكنه عبر بالاستحصاد وعدمه وأما صاحب المنقذ فقال ما كان من الزرع لا يتبع الأرض في البيع فلا حق فيه للبتجدد لأنه كالثمر المؤجر، وأما ما كان يتبع في البيع وهو ما لم يظهر عما يتكرر حمله من الرطبات والخضروات فيستحق فيه المتجدد وقياس المنصوص في الزرع أن يستحق المتجدد في الوقف من الثمر حتى يبدو صلاحه ويجوز بيعه مطلقاً ولكن أحمد فرق بينهما كما تقدم فاعتبر في الزرع بلوغ الحصاد وفي الثمر التأخير ونصه مع ذلك في استحقاق الموصى له بالشجر المثمر الموجود فيه حال الوصية من غير تفريق بين أن يبدو صلاحه أولاً يبدو مشكلاً، وأفتى الشيخ تقي الدين بأن الثمر انما يستحقه من بدء الصلاح في زمن استحقاقه حتى لو مات البطن الأول وقد أطلع الثمر بعلمه ثم بدا صلاحه بعد موته فانه يكون للبطن الثاني، وقال في شجر الجوز الموقوف إنه ان أدرك أو ان قطعه في حياة البطن الاول فهو له فان مات وبقي في الأرض مدة حتى زاد كانت الزيادة حادثة في منفعة الأرض التي للبطن الثاني، ومن الاصل الذي لورثة الاول فاما ان تقسم الزيادة بينهما على قدر القيمتين وإما أن تعطى الورثة أجره الأرض البطن الثاني وان غرسه البطن الاول من مال الواقف (١) ولم يدرك الا بعد انتقاله الى البطن الثاني فهو لهم وليس لورثة الاول فيه شيء. واعلم أن ما ذكرناه في استحقاق الموقوف عليه هنا انما هو اذا كانت استحقاقه بصفة محضة مثل كونه ولداً أو قديراً أو غيره، أما اذا كان استحقاق الوقف عوضاً عن عمل وكان المغل كالأجرة يبسط على جميع السنة كالمقاسمة القائمة مقام الأجرة أو ان كان استغلال الأرض لجهة الوقف من ماله فانه يستحق كل من اتصف بصفة الاستحقاق في ذلك العام منه حتى من مات في أثناءه استحق بقطعه وان لم يكن الزرع قد وجد حتى لو تأخر ادراك ذلك العام

(١) في نسختي الدار الوقف

الى اثناء العام الذى بعده لم يستحق منه من تجدد استحقاقه فى عام الادراك واستحق منه من مات فى العام الذى قبله وبنحو ذلك أفق الشيخ تقى الدين رحمه الله (١) وألقى الشيخ شمس الدين بن أبى عمر بأن الاعتناء فى ذلك بسنة المغل دون السنة الهلالية فى جماعة مقرين فى نزيه حصل لهم حاصل من قريتهم الموقوفة عليهم يطلبون أن يأخذوا ما استحقوه عن الماضى وهو مغل سنة خمس وأربعين مثلاً فهل يصرف اليهم الناظر بحساب سنة المغل مع أنه قد نزل بعد هؤلاء المتقدمين جماعة شاركوا فى حساب سنة المغل فان أخذ أولئك على حساب السنة الهلالية لم يبق للبتأخرين إلا شيء يسير فأجاب بأنه لا يحتمل الا بسنة المغل دون الهلالية ووافقه جماعة من الشافعية والحنفية على ذلك

(القاعدة الرابعة والثمانون)

الحل هل له حكم قبل انفصاله أم لاحكى القاضى وابن عقيل وغيرهما فى المسألة روايتين قالوا والصحيح من المذهب أن له حكماً وهذا الكلام على إطلاقه قد يستشكل فإن الحل يتعلق به احكام كثيرة ثابتة بالاتفاق مثل عزل الميراث له وصحة الوصية له ووجوب الغرة بقتله وتأخير اقامة الحدود واستيفاء التماس من أمه حتى تضعه واباحة الفطر لها اذا خشيت عليه ووجوب النفقة لها اذا كانت بائناً واباحة طلاقها وان كانت موطوءة فى ذلك الطهر قبل ظهوره الى غير ذلك من الأحكام ولم يربدوا ادخال مثل هذه الأحكام فى محل الروايتين ، وفصل القول فى ذلك أن الأحكام المتعلقة بالحمل نوعان أحدهما ما يتعلق بسبب الحل بغيره فهذا ثابت بالاتفاق لأن الأحكام الشرعية تتعلق على الاسباب الظاهرة فاذا ظهرت أمانة الحمل كان وجوده هو الظاهر فترتب عليه أحكامه فى الظاهر فان خرج حياً تيناً ثبوت تلك الأحكام فى الباطن وان بان أنه لم يكن حمل أو او خرج ميتاً تيناً فساد ما يتعلق من الأحكام به أو بجهاته كإرثه ووصيته وهذه الأحكام كثيرة جداً وبعضها متفق عليه وبعضها فيه اختلاف فمن أحكامه اذا ماتت كافرة وفى بطنها حمل محكوم بإسلامه لم يدفن فى مقابر الكفار لحرمه الحمل

ومنها اخراج الفطرة عن الحمل وهى مستحبة وفى وجوبها طريقان للأصحاب منهم من جزم بنفى الوجوب ومنهم من قال فى المسألة روايتان (ومنها) فطر الحامل اذا خافت على جنينها من الصوم ويجب عليها القضاء والكفارة وهى الكفارة من مالها أو بينها وبين من يلزمه نفقة

(١) هذه الفقرة الى آخر القاعدة ليست فى نسخى الدار

الحمل على احتمالين ذكرهما ابن عقيل في فتونه (ومنها) اذا اشترى جارية فبانت حاملا فنص احمد في رواية أبي طالب أن البائع ان أقر بوطنها ردت اليه لأنها أم ولد له وان انكر فان شاء المشتري ردها وان شاء لم يردها فابطل البيع مع اقرار البائع بالوطى. بمجرد تبين الحمل وقال ابن عقيل عندى لا يجب الرد حتى تضع ما تصير به الامة أم ولد للجواز أن لا يكون كذلك وهذا تفريع على قولنا بصحة البيع قبل الاستبراء فاما على الرواية فالبيع من أصله باطل لعدم استبراء البائع (ومنها) لو وطى الراهن أمته المرهونة فاحبها خرجت من الرهن ولزمه قيمتها تكون رهنا كذا قاله كثير من الأصحاب ومنهم من قال يتأخر الضمان حتى تضع فيلزمه قيمتها يوم أحبها (ومنها) اذا وطى جارية من المخم تحملت فانها تقوم عليه في الحال وتصير مستولدة له، هذا هو المنصوص عن احمد وقال القاضى في خلافه لا تصير مستولدة بناء على أن الغنيمة لا يملك بدون القسمة لكن يمنع من بيعها لكونها حاملا بحر (١) ولا يؤخر قسمتها فتعين أن يحسب عليه من نصيبه كذلك (ومنها) اذا قال لزوجته ان كنت حاملا فانت طالق فللمنصوص عن احمد في رواية أنه ينظر إليها النساء فان خفي عليهن فان جاءت به تسعة أشهر أو لسته أشهر حنث فأوقع الطلاق بشهادة النساء بالحمل أو بولادتها لغالب مدة الحمل عند خفائه وصحح القاضى في موضع من الجامع هذه الرواية وقال أكثر الأصحاب ان ولدت لاكثر من نهاية مدة الحمل لم تطلق وان ولدت لدون اكثر مدة الحمل فان كان لم يطلها بعد اليمين طلقت وان وطئها بعد اليمين فان ولدت لدون ستة أشهر من أول الوطء طلقت وان ولدت لاكثر منه فوجبان أشهرهما لا تطلق وجعله القاضى في المجرد وجها واحدا لاحتمال العلوق به من الوطء المتجدد والثانى تطلق لأن الأصل عدمه وفيه وجه آخر لا تطلق حتى تضعه لدون ستة أشهر بكل حال لأنه لا يتعين وجوده عند اليمين بدون ذلك والطلاق لا يقع مع الشك والاحتمال (ومنها) اذا كان لرجل زوجة لها ولد من غيره فات ولا اب له وقد كان تقدم من الزوج وطء هذه الزوجة فانه يمنع من وطئها بعد موت ولدها حتى يتبين هل هي حامل من وطئه المتقدم أم لا لاجل ميراث الحمل من أخيه، وكذلك إذا كان عبد تحت حرة قد وطئها وله أخ حر فيموت أخوه الحر فانه يمنع من وطء زوجته حتى يتبين هل هي حامل أم لا لاجل ميراث الحمل من عمه ثم ان جاءت بولد لسته أشهر من حين الموت فانه يرث بلا إشكال وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر ولاقل من أكثر مدة الحمل فان كف الزوج عن الوطء من حين الموت ورث الحمل لأن الظاهر أنها كانت حاملا قال احمد في رواية ابن منصور

في رجل تزوج امرأة لها ابن من غيره فموت انها إن جاءت بولد لدون ستة أشهر من يوم مات منها ورثناه وإن جاءت بالولد بعد ستة أشهر لم نورثه الا بيته ويكف عن امرأته اذا مات ولدها فان لم يكف لجأت بولد لاكثر من ستة أشهر فلا أدري هو أخوه أم لا وظاهر هذا انه ان كف عن الوطء ورث الولد وإن لم يكف فان جاءت بالولد بعد الوطء لدون ستة أشهر ورث أيضا وكان كمن لم يوطأ وإن جاءت به لسته أشهر فصاعدا فظاهر كلام احمد الذي ذكرناه أنه لا يرث وبه جزم القاضى في المجرى الا أن يقر الورثة أنها كانت حاملا يوم موت ولدها وقال في الجامع الكبير يحتمل وجهين خرجها من مسألة تعليق الطلاق على الحمل الى تقدمت

النوع الثاني الاحكام الثابتة للحمل في نفسه من ملك وملك وعق وحكم بإسلام واستلحاق نسب ونفيه وضمان ونفقة، وهذا النوع هو مراد من حكا الخلاف في الحمل له حكم أم لا وبعض هذه الاحكام ثابتة بغير خلاف ولذا كرر جملة من هذه الاحكام فيها وجوب النفقة له فيجب نفقة الحمل على الأب وإن كانت أمة لا نفقة لها كالبائن بالاتفاق ، وهذه النفقة للحمل للأمة على أصح الروايتين وهي اختيار الحرقي وأبي بكر، ولهذا يدور معه وجودا وعدما فعلى هذه يجب مع نشوز الام وكونها حاملا من وطء شبهة أو نكاح فاسد ويجب على سائر من تجب عليه نفقة الأقارب مع فقد الأب بالموت أو الإحصار ذكره القاضى في خلافه وصاحب المحرر ، وتسقط بيسار الحمل اذا حكم له بملك ذكره القاضى أيضا في الخلاف وظاهر كلامه في كتاب الروايتين بخلاف ذلك ويجب الاتفاق في مدة الحمل ولا يقف على الوضع نص عليه أحمد وخرج الأمدى وأبو الخطاب وجها اذا قلنا لاحكم للحمل انه لا يجب للحمل نفقة حتى ينفصل فترجع بها وهو ضعيف مصادم لقوله تعالى (وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملن) وأما أم الولد اذا مات عنها سيدها وهي حامل فليست من هذا القبيل وإن كان أبو الخطاب ذكر في وجوب النفقة لها لأجل الحمل روايتين بل نفقة هذه من جنس نفقة الحامل المتوفى عنها ، وفيها أيضا روايتان وليس ذلك مبني على أن النفقة للحمل أو للحامل كما زعم ابن الزاغوني وغيره فان نفقة الأقارب تسقط بالموت ولكن هذا من باب النفقة على المحسوسة بحق الزوج من ماله كنفقة البائن الحامل نعم إن يتوجه أن يقال إن قلنا النفقة للحامل وجبت كنفقة أم الولد والمتوفى عنها من التركة لأنها محبوستان لحق الزوج فاذا وجبت لهما نفقة فهي من ماله وإن قلنا النفقة للحمل فهي على الورثة كما سبق ، وهذا عكس ما ذكره ابن الزاغوني وغيره وفي نفقة أم الولد الحامل ثلاث روايات عن أحمد : أحدها لا نفقة لها قبلها حرب وابن مختار والثاني ينفق عليها من نصيب ماني بطنها نقلها محمد بن يحيى السكجالي ، والثالثة ان لم تكن

ولدت من سيدها قبل ذلك فنفتها من جميع المال إذا كانت حاملا وإن كانت ولدت قبل ذلك فهي في عداد الأحرار ينفق عليها من نصيبها قلها عنه جعفر بن محمد وهي مشكلة جدا ومعناها عندي والله أعلم أنها إذا كانت حاملا ولم تنزع من سيدها قبل ذلك فنفتها من جميع المال لما ذكرنا من حبسها على سيدها بالحل فتكون النفقة عليه حيث لم يثبت استيلاؤها بعد ، ويجوز أن لا تصير أم ولد بالكلية وتسترق فإذا أنفق عليها من جميع المال فإن بين عتقها وقد استوفت الواجب لها وإن رقت لم يذهب على الورثة شيء من حيث أنفق على رقيقهم من المالم وإن كانت ولدت قبل ذلك من سيدها فقد ثبت لها حكم الاستيلاء في حياة السيد وهو معنى قوله هي في عداد الأحرار ، وحيث يمتنع لموت السيد بلا ريب فإيجاب نفقتها على ولدها أولى من إيجابها من مال سيدها ويؤيده أيضا في المسألة الآتية (ومنها) وجوب نفقة الأقارب على الحل من ماله وقد نص أحد في رواية الكحل أن نفقة أم الولد الحامل من نصيب مافي بطنها ذكره القاضي في خلافه واستشكله الشيخ محمد الدر قال لأن الحل إنما يرث بشرط خروجه حيا ويوقف نصيبه فكيف يتصرف فيه قبل تحقق الشرط ويوجب عنه بأن هذا النص يشهد لثبوت ملكه بالأرث من حين موت موروثه وإنما خروجه حيا يبين به وجود ذلك فإذا حكمنا له بالملك ظاهرا أجاز التصرف فيه بالنفقة الواجبة عليه وعلى من يلزمه نفقته لاسيما والنفقة على أمه يعود نعمها إليه كما يتصرف في مال المفقود إذا غلب على الفطن هلاكه ويقسم ماله بين ورثته ، وإن جاز أن يكون حيا بل هو الأصل حتى لو قدم حيا وقد استهلك ماله في أيدي الورثة قضى ضمانه روايتان ، وكذا يقال في مال الحل ويشهد له إذا أنفق الزوج على البائن يظنها حاملا ثم تبين أنها لم تكن حاملا قضى الرجوع روايتان أيضا ، وقد يحمل إيجاب الأم من نصيب الحل على أن الأم ترجع به على نصيبه إذا وضعت حيا وفيه بعد (ومنها) ملكه بالميراث وهو منفق عليه في الجلة لكن هل يثبت له الملك بمجرد موت موروثه وتبين ذلك بخروجه حيا أولم يثبت له الملك حتى ينفصل حيا فيه خلاف بين الأصحاب وهذا الخلاف مطرد في سائر أحكامه الثابتة له هل هي معلقة بشرط انفصاله حيا فلا يثبت قبله أو هي ثابتة له في حال كونه حاملا لكن ثبوتها مراعا بانفصاله حيا فإذا انفصل حيا تبيننا ثبوتها من حين وجود أسبابها ، وهذا هو تحقيق معنى قول من قال هل الحل له حكم أم لا والذي يقتضيه نص أحمد في الاتفاق على أمه من نصيبه أنه يثبت له الملك بالأرث من حين موت أبيه وصرح بذلك ابن عقيل وغيره من الأصحاب ونقل عن أحمد ما يدل على خلافه أيضا فروى عنه جعفر بن محمد في نصراني مات وامرأته نصرانية وكانت حبلى فأسلمت بعد موتها ثم ولدت هل ترث قال لا وقال إنما مات أبوه وهو لا يعلم ما هو وإنما يرث الولادة وحكم له بحكم الإسلام

وقال محمد بن يحيى الكحال قلت لابي عبد الله مات نصراني وامراته حامل فاسلمت بعد موته قال :
ما في بطنها مسلم قلت يرث أباه اذا كان كافراً وهو مسلم؟ قال لا يرثه فصرح بالمنع من ارثه من أيه
معللاً بان ارثه يتاخر الى ما بعد ولادته لانه قبل ذلك مشكوك في وجوده واذا تاخر توريثه الى
ما بعد الولادة فقد سبق الحكم باسلامه زمن الولادة اما باسلام أمه كما دل عليه كلام احمد هنا او
بموت ابيه على ظاهر المذهب، والحكم باسلام لا يتوقف على العلم به بخلاف التوريث وهذا يرجع
الى أن التوريث يتاخر عن موت الموروث اذا انعقد سببه في حياة الموروث وأصول احمد تشهد
لذلك في اسلام القريب الكافر قبل قسمة الميراث وأما على ما صرح به ابن عقيل وغيره وهو مقتضى
رواية الكحال في الثقة فيرث الحمل بموت أبيه منه وان قلنا يحكم باسلامه بموت أحد أبويه كما
سبق تقريره في قاعدة اقتران الحكم وامانه وأما ان قيل لا يحكم باسلامه بموت أحد على ما ذكرناه
واضح لاختفاء فيه وقد ألم به بعض الأصحاب وأما القاضي والأكثر فاضطربوا في تخرج كلام
أحمد والقاضي في تخرجه ثلاثة أوجه الأول ان اسلامه قبل قسمة الميراث أوجب منعه من التوريث
كما أن اسلام الكافر قبل قسمة ميراث المسلم يوجب توريثه اعتباراً بالقسمة في التوريث والمنع
وهذه طريقة القاضي في المجرّد وابن عقيل في الفصول وهي ظاهرة الفساد لأن اسلام قريب الكافر
بعد موته وثبت ارثه لا يسقط توريثه منه بغير خلاف فان توريث المسلم قبل القسمة ثبت ترغيباً
في الاسلام وحثاً عليه وهذا المقصود ينعكس ههنا، والثاني أن هذه الصورة من جملة صور توريث
الطفل المحكوم باسلامه بموت أبيه منه ونصه هذا يدل على عدم التوريث فيكون رواية ثانية في المسئلة
وهذه طريقة القاضي في كتاب الروايتين وهي ضعيفة لأن أحمد صرح بالتعليل بغير ذلك ولأن
توريث الطفل من أبيه الكافر وان حكم باسلامه بموته غير مختلف فيه حتى نقل ابن المنذر وغيره
عليه الاجماع فلا يصح حمل كلام احمد على ما يخالف الاجماع الثالث ان الحكم باسلام هذا الطفل
جعل بشيئين بموت أبيه واسلام أمه وهذا الثاني مانع قوي لانه متفق عليه فلذلك [منع] الميراث
بخلاف الولد المنفصل اذا مات أحد أبويه فاه يحكم باسلامه ولا يمنع ارثه لان المانع فيه ضعيف
للإختلاف فيه وهذه طريقة القاضي في خلافه وهي ضعيفة أيضاً ومخالفة لتعليل احمد فان احمد
إنما علل بسبق المانع لتوريثه لابقوة المانع وضعفه وإنما ورث احمد من حكم باسلامه بموت أحد
أبويه لمقارنة المانع للضعفه (ومنها) ثبوت الملك له بالوصية وفيه الخلاف السابق بالتوريث واخار
القاضي أن الوصية له تعليق على خروجه حياً والوصية قابلة للتعليق بخلاف الهبة وابن عقيل تارة
وافق شيخه وتارة خالفه، وحكم بثبوت الملك من حين موت الموصى وقبول الولي له، وصرح به أبو

المال التنوخي وبأنه ينعقد الحول عليه من حين الحكم بالملك اذا كان مالا زكواً وكذلك في المملوك بالارث وحكي وجهاً آخر أنه لا يجري في حول الزكاة حتى توضع للتردد في كونه حياً مالم كافو كالمكاتب ولا يعرف هذا التفرع في المذهب (ومنها) الاقرار المطلق للحمل هل يصح أم لا على وجهين وقال التميمي لا يصح وقال أبو حامد والقاضي يصح واختلف في مأخذ البطلان قبل لان الحمل لا يملك الا بالارث والوصية ، ظو صح الاقرار له تملك بنهرها وهو فاسد فان الاقرار كاشف للملك ومبين له لا موجب له وقيل لأن ظاهر الاطلاق ينصرف إلى المعاملة ونحوها وهي مستحيلة مع الحمل وهو ضعيف لانه اذا صح له الملك توجه حل الاقرار مع الاطلاق عليه ، وقيل لان الاقرار للحمل تعليق له على شرط في الولادة لانه لا يملك بدون خروجه حياً والاقرار لا يقبل التعليق وهذه طريقة ابن عقيل وهي أظهر وترجع المسئلة حينئذ إلى ثبوت الملك له واتفائه كما سبق (ومنها) استحقاق الحمل من الوقف والمنصوص عن احمد كما سبق أنه لا يستحق حتى يوضع ، وهو قول القاضي والاكثرين وقال ابن عقيل يثبت له استحقاق الوقف في حال كونه حملاً حتى يصح الوقف على الحمل ابتداء وقياس قوله في الية كذلك إذ تملك الحمل عنده بملك منجز لامتناع وانما منع القاضي صحة الية له لان تملكه معلق على خروجه حياً والية لا تقبل التعليق وأفتى الشيخ قتي الدين باستحقاق الحمل من الوقف أيضاً ويمكن التفرع على المنصوص بين الوقف وغيره من الارث والوصية والهبة قال الوقف بما المقصود مناهه وثمراته وفوائده ، وهي مستحقة على التأييد لقوم بعد قوم والحمل ليس من أهل الاتفاق فلا يستحق منه شيئاً مع وجود المستفيين به حتى يولد ويحتاج إلى الاتفاق معهم بخلاف الملك الذي يخص به واحد مدين لا يشاركه فيه غيره فان هذا ثبت للحمل ولا يجوز انزاعه منه مع وجوده ، ويلزم من ذلك صحة الوقف على الحمل المدين دون استحقاقه مع أهل الوقف (ومنها) الأخذ للحمل بالشفعة اذا مات مورثة بعد المطالبة ، قال الا أصحاب لا يؤخذ به ثم منهم من هل بأنه لا يتحقق وجوده ومنهم من علل بانتفاء ملكه ويتخرج وجه آخر بالأخذ به بالشفعة بناء على أن له حكماً وملكاً (ومنها) اللعان على الحمل ، وفيه روايتان ذكرهما القاضي في خلافه وفي كتاب الروايتين إحداهما لا يصح نفيه ولا الائتمان عليه لأنه غير محقق ، نقلها أبو طالب وحنبلي واليموني عن احمد وظل باحتمال كونه ربما وهذا هو المذهب عند الاصحاب ، والثانية تلاعن بالحمل نقلها ابن منصور عن احمد قال الخلال هو قول أول وذكر النجاء أنه هو المذهب واختاره صاحب المغنى ، وعلى هذا الخلاف يخرج صحة استحقاق الحمل والاقرار به لأن لحوق النسب أسرع ثبوتاً من نفيه والمنصوص عن احمد

في رواية ابن القاسم أنه لا يلزم الاقرار به وهو منزل على قوله إنه لا يقتضي باللعان عليه (ومنها) وجوب الغرة بقتله إذا ألقته أمه ميتاً من الضرب وهو ثابت بالسنة الصحيحة وقد انكر النبي صلى الله عليه وسلم على من اعترض على ذلك معللاً بأنه لم يشارك الأحياء في صفاتهم الخاصة من الأكل والشرب والاستئصال وأن ذلك يقتضي إهداره، ونسبه إلى أنهم من إخوان الكهان حيث تكلم بكلام مسجع باطل في نفسه، والعجب كل العجب ممن يدعي التحقيق ويرتضي لنفسه مشاركة هذا المعترض، ويقول القياس يقتضي إهداره وليس كما ظنه فإن هذا الجنين إما أن يكون صادفه الضرب وفيه حياة ويكون ذلك قبل وجود الحياة فيه ولا يجوز أن يكون قد فارقه الحياة لأنه لو مات لم يستقر في البطن وحيث أن الجنين إما أن يكون قتله أو منع انعقاد حياته فضمنه بالغرة لتفويت انعقاد حياته كما ضمن المغرور ولده بالغرة لتفويت انعقاد أمه ولم يضمنوا كمال الدية والقيمة أيضاً فإن دلائل حياته وسقوطه ميتاً عقيب الضربة كالتقاطع بأنها هي التي قتله ولعل ذلك الظن فوت مرتبة اللوث الموجب للقسامة، وإن ماتت أمه قبله فموتها سبب قتله بالاختناق وقد تعدى. وذلك يوجب ضمان ولا يشترط الانفصال إلا لثبوت الضمان في الظاهر فلو ماتت الأم وجنيتها وجب ضمانها لكن اشترط أحمد في رواية ابن منصور الانفصال، قال في امرأة قتلت وهي حامل أذا لم يبق الجنين فليس فيه شيء، قال القاضي والأصحاب يكفي أن يظهر منه بد أو رجل أو يكون قد انشق جوفها وشوهد الجنين وإن لم يتفصل لأن العلم بحاله يحصل بذلك وقد قال أحمد في رواية أبي طالب إذا كان الجنين في بطن أمه فقتلت الأم ومات الجنين فملى العاقلة دية الأم ودية الجنين ولم يشترط الانفصال ولو ماتت امرأة وشوهد لجوفها حركة ثم عسر جوفها فخرج الجنين ميتاً فهل تضمنه العاصرة على احتمالين ذكرهما القاضي وأبو الخطاب في خلافها أحدهما تضمنه لأن الظاهر أنه مات بجناية المصير والثاني لا يضمن لأنه منخفق بموت أمه فلا يبقى جناية بعدها، وهل يخص الضمان بجنين الأدمية أم يتعدى إلى غيرها من الحيوانات ذهب أكثر الأصحاب إلى الاختصاص لأن ضمان الجنين الميت على خلاف القياس قالوا وإنما يجب ضمان ما نقص من أمه بالجناية، نص عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقال أبو بكر يجب ضمان جنين البهائم بعشر قيمة أمه كجنين الإبل وقياسه جنين الصيدين الحرم والأحرام، والمشهور أنه يضمن بمناقض أمه أيضاً لأن غير الأدمية لا يضمن بمفقد وإنما يضمن بما نقص ولو ألفت البهيمة بالجناية جنيناً حياً ثم مات فاحتال لأن ذكرهما القاضي وابن عقيل في الرهن أحدهما يضمن قيمة الولد حياً لا غير والثاني عليه أكثر الأمرين من قيمته أو ما نقصت الأم، وكذلك ذكر صاحب المغني في الأمانة إذا

أسقط الجنين ، هل يجب ضمانه فقط أو يجب معه ضمان نقصها أو ضمان أكثر الأمرين ثلاث احتمالات والمذهب الاول ولم يذكر القاضى سواه وخروج الشيخ مجد الدين ان جنين الامه يضمن بما نقصت أمه لا غير بناء على قوله ان الرقيق لا يضمن بمقدور بل بما ينقص بكل حال ولو قتل عبداً ماخصاً ففيه ثلاثة أوجه ، احدها يفديه بمثله من النعم ماخص وهو قول أبى الخطاب ، والثاني يفديه بقيمته مثله لأن اللحم الماخص يفسد بقيمة المثل أزيد من قيمة لحمه وهو قول القاضى ، والثالث يجوز به أن يفديه بمثله غير ماخص لأن هذه الصفة عيب في اللحم فلا يعتبر في المثل كسائر العيوب ذكره في المغنى احتيالا (ومنها) هل يوصف قبل الجنين بالعمدية أم لا ، قال احمد في رواية ابن منصور في امرأة شربت دواء فأسقطت ان كانت تمتد فاحب الى أن يعتق رقبة وان سقط حيا ثم مات فالدية على عاقبتها لا يبه ولا يكون لامه شيء لأنها القائمة . قيل له فان شربت عبدا قال هو شيء العمد شربت ولا تدرى يسقط أم لا عسى لا يسقط . الدية على العاقلة والظاهر أنه لم يجعله عبدا للشك في وجوده لا للشك في الاسقاط بالدواء لأنه قد يكون الاسقاط معلوما كما أن القتل بالسهم وبحجره معلوم ومن هذه الرواية أخذ الاصحاب رواية وجوب الكفارة بقتل العمد ولا يصح ذلك فانه صرح بانه ليس بعمد وإنما هو شبه عمد (ومنها) عتق الجنين هل ينفذ من حينه أو هو موقوف على خروجه حيا في المسئلة روايتان ، أحدهما يفد من حينه وهو المذهب ، والثانية لا يعتق حتى تضعه حيا نص عليها في رواية ابن منصور قال لا يجب العتق الا بالولادة ، هو عبد حتى يعلم أنه حي أو ميت وكذلك الخلاف اذا عتق تعالعت أمه أو يملكه من يعتق برحم ، وينفرد على هذا الأصل فروع :

الفرع الأول لو زوج ابنته فولدت ولدا بفد موت الجدة سيد الامه فان قلنا يعتق الحمل فقد عتق على جده نص على ذلك احمد في رواية أبى طالب وصالح وان قلنا لا يعتق حتى توضع فهو تركة موروثه عن سيده فيرث منه أبوه وأحماؤه بقدر حصصهم ويعتق عليهم بالملك نص على ذلك أحمد في رواية المروزي وهذا لأننا ان قلنا ليس للحمل حكم فالمعنى أنه لا يثبت له حكم الأولاد المستقلين والافه موجود حقيقة ومودع في أمه فالملك فيه قائم وطرد القاص وان عقيل الخلاف في تبوت ملكه أيضاً وذكرنا في الوصية أنه لو وصى بأمه لزوجها وهي حامل منه فولدت فان قلنا للحمل حكم فهو موصى به معها يتبعها في الوصية ، وإن قلنا لا حكم له لم يدخل في الوصية وكان ملكا لمن ولدته في ملكه لأنه حينئذ ثبت له حكم بظهوره . فان ولدته في حياة الموصى فهو له أو بعد موته وقبل القبول فهو لمن حكمنا له بالملك في تلك الحال على الخلاف فيه وان ولدته بعد قبوله فهو له ويعتق عليه ، وهذا يقتضى هنا اننا اذا قلنا لاحكم للحمل ولاية في دلي جده مات الجدة ووضع بعد موته انه اذا كان (٢٤ - قواعد)

وضعه بعد القسمة فهو ملك لمن حصلت الأمانة له ، وإن كان قبل القسمة فهو مشترك بينهم لآلانه موروث عن أبيهم بل لآلانه تمام ملكهم المشترك فظهر بهذا أن للاصحاب في معنى كون الحمل له حكم أو لاحكم له طريقين : أحدهما انه هل هو كجزء من أجزاء أمه أو كالمعدوم وإنما يحكم بوجوده بالوضع . والثاني وهو المنصوص انه مملوك منفصل عن أمه ومودع فيها ولكن هل يثبت له حكم الولد المستقل بدون انفصاله أولا يثبت له ذلك حتى يفصل .

الفرع الثاني إذا اعتق الأمة الحامل عتق حملها معها ولكن هل يقف عتقه على انفصاله أو يعتق من حين عتق أمه على ما تقدم وقياس ما ذكره القاضي وابن عقيل انه لا يعتق بالكلية اذ هو كالمعدوم قبل الوضع وهو بعيد جداً فإن أسوأ ما يقدر في الحمل انه ورد عليه العتق في حال منع من نفوذه مانع فوقف على زواله كعتق المريض لكل رقية ، فانه يناف على اجازة الورثة ومن اصلنا أن العتق قبل الملك يصح تعليقه عليه في ظاهر المذهب فإن كان اصله موجوداً في ملكه صح تعليقه بغير خلاف عند المحققين كمن قال لأمة كل ولد تلديه حر : وهذا العتق قد باشر بالعتق أمته وحملها متصل بها فوقف نفوذ عتقه على صلاحته للعتق بظهوره وقد صرح القاضي في خلافه بانه لو اعتق الحمل وكان علقه عتق وإن لم يكن مملوكاً حيث نظر إلى هذا المعنى والله أعلم .

الفرع الثالث اعتق الأمة واستثنى حملها صح وكان الولد رقيقاً نص عليه في رواية جماعة وتوقف فيه في رواية ابن الحكم ، وخرج ابن أبي موسى والقاضي أنه لا يصح استثنائه بناء على أنه كجزء من أجزائها وخرجوه أيضاً من عدم صحة استثنائه في البيع ، ولا يصح لأن البيع تنأيه الجهالة بخلاف العتق .

الفرع الرابع اعتق المورس أمة له حملها لغيره فهل يعتق بالسرائيه أم لا ؟ إن قلنا انه مستقل بنفسه لم يسر اليه العتق وإنما دخل مع الأم إذا كان مملوكاً لمالكها تبعاً لاتصاله بالأم واجتماعها في ملكه كما يتبع الطلع المؤبر للتخل في العقد إذا كان ملكاً للمالك ولا يتبع إذا كان ملكاً لغيره وهذا اختيار السامري وصاحب التلخيص والمحرر ، وقال القاضي والشريف أبو جعفر وأبو الخطاب يعتق ويضمنه المالك بناء على أنه كجزء منها .

الفرع الخامس لو اعتق الحمل وحده صح ونفذ وهل يعتق من حينه أو يقف على خروجه حياً مبني على ماسق وأشار القاضي وابن عقيل في ديات الأجنة الى خلاف لنا في صحة عتقه بناء على أنه كالمعدوم وهو ضعيف وقياس قول من قال هو كجزء منها أن يسرى عتقه اليها وهو ضعيف أيضاً . وينبني على هذا الفرع لو ضرب بطن أمة حامل فاعتق السيد حملها بعد الجنابة أو أعتقه السيد

ثم جنى عليه ثم انفصل ميتا أو انفصل حيا ثم مات عقيب الانفصال، فهذا يبنى على أن العتق هل حصل قبل الانفصال أو لم يحصل إلا بعده، وعلى أصل آخر وهو إذا جرح رقيقا ثم عتق فسرى إلى نفسه فمات هل يضمه بدية حر أو بقيمة عبد على روايتين فإذا علم هذا فهنا صور أربعة: (أحدها) أن يجنى عليه ثم يمتق ثم يفصل ميتا فيبنى على أن العتق هل حصل له حال كونه حلاما لا فان قلنا لم يحصل له العتق حينئذ وجب ضمائه بضماني جنينين ملوك عشر قيمة أمه وإن قلنا قد عتق انبنى على الخلاف في اعتبار الضمان بحال السراية أو الجناية فان قلنا الاعتبار بحال الجناية فكذلك وإن قلنا بحال السراية فبغير غرة ضمان جنين حر، وقبل يضمه ضمان رقيق وجها واحدا كذلك ذكره القاضي وابن عقيل إذ لم يتحقق عتقه لجواز تلفه قبله وحكما أيضا فيما إذا لو اعتق الأم بعد الجناية ثم ألفت جنينها وجهين مغربين من الاختلاف في اعتبار حالة السراية أو الجناية والفرق بينهما غير متوجه (والصورة الثانية) أن يجنى عليه ثم يمتق ثم يفصل حيا ثم يموت فقد حصل له العتق بغير خلاف فيبنى على الخلاف في اعتبار الضمان هل هو بحالة السراية أو الجناية كما تقدم وفي مسودة شرح الهداية يضمه بدية حر رواية واحدة وهو سهو (الصورة الثالثة) أن يعتق أولا ثم يجنى عليه ثم يفصل حيا فيجب ضمائه بدية حر إن قلنا عتق وهو حل وإن قلنا لا يعتق إلا بعد الانفصال انبنى على الخلاف في اعتبار الضمان هل هو بحالة الجناية أو السراية فان قلنا بحالة السراية ضمنه بدية حر وإلا ضمنه ضمان رقيق وظاهر كلام صاحب المحرر أنه يجب ضمائه بدية حر وجها واحدا لأن الجناية وقعت بعد العتق المباشر ووجد الموت بعد النفوذ وفيه نظر، والأظهر أنه كمن جنى عليه بعد التعليق ثم مات بمنوجود الصفة (والصورة الرابعة) أن يمتق ثم يجنى عليه ثم يفصل ميتا فان قلنا عتق وهو حل ضمنه ضمان جنين حر وإن قلنا إنه لم يمتق ضمنه ضمان جنين رقيق ونص عليه أحد في رواية ابن منصور معللا بأنه لم يمتق بعد، وفي الخلاف الكبير والمحرر أن حريا نقل ذلك أيضا عن أحد وليس كذلك وإنما حكاه أحد في روايته عن الزهري وقال ما أدري كيف وجهه، وقال القاضي وابن عقيل إذا قلنا لا يصح عتق الحمل فوجوده كدمه في جميع هذه الصور فهو ضيف كما سبق (ومنها) ورود العقود على الحامل كالبيع والهبة والوصية والأصدقاء قال القاضي وابن عقيل إن قلنا للحمل حكم فهو داخل في العقد ويأخذ قسطا من المرض وإن قلنا لا حكم له لم يأخذ قسطا من المرض وكان بعد وضعه حكمه حكم النماء المنفصل فلوردت العين يبيع أو افلاس أو طلاق فان قلنا له حكم (١) رد مع الأصل والا

(١) في ٧١٢: لا حكم له.

كان حكمه حكم النماء وقياس المنصوص به احد في الحمل أنه لا يمتنع وانه تركامورثة يقتضى أن حكمه حكم الاجزاء لا حكم الولد المنفصل، فيجب رده مع الدين وان قلنا لا حكم له اذ المراد بذلك انه لا يثبت له حكم الأولاد لا انه معدوم وهذا اصح وهو ظاهر كلام الأكثرين في مسئلة الفلاس ولا فرق بين ما يعتبر له القبض من العقود كالرهن والهبة وما لا يعتبر قبضه ويحصل قبضه تبعاً لآله ذكره القاضى في خلافه ويتخرج على هذا الاصل مسئلة اشتراط الحمل في البيع والسلم في الحيوان الحامل وغير ذلك (ومنها) جنين الدابة المذكاة هل يحكم بذكاته معها قبل الانفصال ام لا قال ابن عقيل في فتونه لا يحكم بذكاته الا بعد الانفصال وظاهر كلام احد خلافاً فانه قال هو ركن من اركانها وفرق بين الجنين والولد المنفصل بأن الجنين فيه غرة والولد فيه الدية فعلم انه ليس له حكم الأولاد، وهذا يرجح انه جزء من الام وان تذكيت تابع لتذكيته، واما ان قيل بأنه ولد مستقل ففيه نظر، وقد ينبنى على ذلك انه هل يجب فيه ارافة دمه اذا خرج أم لا ولام احد في ذلك يدل على روايتين، وأكثر النصوص عنه يدل على الاستحباب فقط وفي بعضها ما يشير بالوجوب وهذا ينزع (١) الى انه ولد مستقل لكن عفى عن موته بغير تذكية لاتصاله بامه عند تذكيته ام وجب سفع دمه ليحصل مقصود التذكية فيه (ومنها) اذا ماتت الحامل وصلى عليها هل ينوى الصلاة على حملها قال ابن عقيل في فتونه لا، وعلل بالشك في وجوده وهذا متوجه على القول بانه كالمعدوم قبل الانفصال، وعلى القول بأنه كالجزء من الام أيضا. واما ان قيل بانه ولد مستقل ففيه نظر. وقد يقال شرط ثبوت الاحكام له ظهوره ولم يوجد فهذا متوجه.

(القاعدة الخامسة والقانون)

الحقوق خمسة أنواع (احدا) حق مالك كحق السيد في مال المكاتب ومال القن اذا قلنا يملك بالتملك وما يتمتع ارثه لما منع كالتركة المستغرقة بالدين على رواية، وكالحرم اذا مات مورثه وفي ملكه صيد على اظهر الوجهين (والثاني) حق يملك كحق الأب في مال ولده وحق العاقد للعقد اذا وجب له وحق العاقد في عقد يملك فسخه ليعيد ماخرج عنه الى ملكه مع ان في هذا شائبة من حق الملك وحق الشفيع في الشقص وهما عور بخلاف فيها هل يثبت فيها الملك او حق التملك (فمنها) حق المضارب في الربح بعد الظهور وقبل القسمة وفيه روايتان: احدهما انه يملكها بالظهور: والثانية لم يملكها واتم مالك ان يتملكه وهو حق متأكد حتى لو مات ورث عنه ولو ألتاف

(١) كتب بهامش نسختنا: لعله يرجع.

المالك المال غرم نصيبه وكذلك الاجنبي ولو اسقط المضارب حقه منه فان قلنا هو ملكه لم يسقط، وان قلنا لم يملكه بعد فحق التلخيص احتيالا ن: أحدهما يسقط كالغنيمة ، والثاني لا لأن الربح هنا مقصود وقد تأكد سيده بخلاف الغنيمة فان مقصود الجهاد إعلاء كلمة الله لا المال (ومنها) حق القائم في الغنيمة قبل القسمة وفيه وجهان : أحدهما وهو المنصوص وعليه جمهور الأصحاب انه يثبت الملك فيها بمجرد الاستيلاء لكن هل يشترط الاحراز أم لا على وجهين أحدهما لا يشترط وبملك بمجرد تقضي الحرب وهو قول القاضي في المجرد ومن تابعه على طريقته . والثاني يشترط وهو قول الخرقى وابن ابي موسى كسائر المباحات ورجحه صاحب المغنى فعلى هذا لا يستحق منها الا من شهد الاحراز، واما على الاول فاعتبر القاضي والاكثرون شهود احراز (١) الوقعة وقالوا لا يستحق من لم يشهده . وفصل في الاحكام السلطانية بين الجيش واهل المدد قاما الجيش فيستحقون بحضور جزء من الوقعة اذا كان تخلفهم عن الباقي لعذر كوت الغازى او موت فرسه ، وأما المدد فيعتبر لاستحقاقهم شهود انجلاء الحرب ونص احدى رواية يعقوب ابن بختان فيمن قتل في المعركة يعطى ورثته نصيبه . والوجه الثاني لا يملك الغنيمة إلا باختيار الملك وهو اختيار القاضي في خلافه . فعلى هذا انما ثبت لهم حق التملك كالشفيع فمن مات منهم قبل اختيار التملك أو المطالبة فلا حق له ذكره صاحب الترغيب وظاهر كلام القاضي في خلافه في باب الشفعة أن الحق ينتقل الى الورثة بدون القبول والمطالبة وان قالوا اخترنا القسمة لزمت حقوقهم ولم تسقط بالاعراض ذكره صاحب الترغيب بخلاف ما اذا اسقطوا حقوقهم قبل الاختيار فانه يسقط على الوجهين لضعف الملك وعدم استقراره وبصير فينا فان اسقط البعض دون البعض فالكل لمن يسقط حقه (ومنها) حق من وجد ماله بعينه في المغنم قبل القسمة بما ملكه الكفار بالاستيلاء عليه فانه يثبت له حق التملك عند الأصحاب وخرجه شيخ الاسلام ابن تيمية الشيخ تقي الدين على الخلاف في حق الغنائم (ومنها) حق الزوج في نصف الصداق اذا طلق قبل الدخول هل يثبت له فيه الملك قهرا أو يثبت له حق التملك فلا يملك بدونه فيه وجهان والاول هو المنصوص وعلى الثاني فكفى فيه المطالبة واختيار التملك على ظاهر كلام ابن الخطاب كرجوع الأب وزعم صاحب الترغيب ان هذا مرتب على الخلاف في عفو الذى يده عقدة النكاح هل هو الزوج أو الولي وليس كذلك ولا يلزم من طلب العفو من الزوج أن يكون هو المالك فان العفو يصح عما يثبت فيه حق التملك كالشفعة وليس في قولنا ان الذى يده

عقدة النكاح هو الأب ما يستلزم أن الزوج لم يملك نصف المهر لأنه إنما يعفو عن النصف المختص بابنته فاما النصف الآخر فلا تعرض لذكره بنفى ولا اثبات . والعجب انه حكى بعد ذلك في صحة عفو الزوج عن النصف اذا قلنا قد دخل في ملكه وجهين والصحيح المشهور انه يصح عفو ان كان مالكا كما يصح عفو الزوجة مع ملكها بنص القرآن لكن ان كان الصداق ديناً صح الابراء منه بسائر الفاظ المبرأة من الازراء والاسقاط والهبه والعفو والصدقة والتحليل ولا يشترط له قبول وان كان عينا وقلنا لم يملكه وانما يثبت له حق التملك فكذلك وكذلك يصح عفو الشفع عن الشفعة ذكره القاضي وابن عقيل وان قلنا ملك نصف الصداق صح بلفظ الهبة والتملك وهل يصح بلفظ العفو على وجهين : احدهما لا يصح قاله ابن عقيل . والثاني يصح قاله القاضي ورجحه صاحب المغنى وهو الصحيح لأن عقد الهبة عندنا ينمق بكل لفظ يفيد من غير اشتراط ايجاب ولا قبول بلفظ معين . وقال القاضي وابن عقيل يشترط هنا الايجاب والقبول والقبض وحكى صاحب الترتيب في اشتراط القبول وجهين والصحيح أن القبض لا يشترط في الفسوخ كالأقالة ونحوها صرح به القاضي في خلافه وكذلك يصح رجوع الأب في الهبة من غير قبض وكذلك فسخ عقد الرهن وغيرها (ومنها) حق الملتقط في اللقطة بعد حول التعريف وفيه وجهان اشهرهما انه يثبت له الملك بغير اختياره واختاره القاضي وقال انه ظاهر كلام أحمد والثاني لا يدخل حتى يختار وهو اختيار أبي الخطاب فيكون حقه فيها حق تملك (ومنها) الموصى له بعد موت الموصى وفيه وجهان : احدهما أنه يثبت له الملك وقيل إنه ظاهر كلام أحمد . والثاني انما يثبت له حق التملك بالقبول وهو المشهور عند الأصحاب (ومنها) من نبت في أرضه كلاً أو نحوه من المباحات أو توحل فيها صيد أو سمك ونحوه فهل يملكه بذلك في المسئلة روايتان معروفتان وأكثر النصوص عن أحمد يدل على الملك وعلى الرواية الأخرى انما ثبت حق التملك وهو مقدم على غيره بذلك إذ لا يلزمه ان يبذل من الماء والكلأ الا اذا حصل عن حوائجه ولو سبق غيره وحقق سبب الملك بميازته اليه فقال القاضي والاكثر يملكه وخرج ابن عقيل أنه لا يملكه لأنه سبب منهي عنه فلا يفيد الملك ويشبهه هذا الخلاف في الطائفة التي تغزو بدون اذن الامام هل يملكون شيئاً من غنيمتهم ام لا وقرر القاضي في موضع من خلافه أن الأسباب الفعلية تفيد الملك وان كانت محظورة كأخذ المسلم اموال أهل الحرب غصباً وان دخل اليوم بأمان بخلاف القول . وفي موضع آخر صرح بخلاف ذلك وانه لا يملك به المسلم وهو الصحيح من المذهب (ومنها) متجر الموات المشهور انه لا يملكه بذلك ونقل صالح عن أبيه

ما يدل على أنه يملكه وعلى الأول فهو أحق بتملكه بالاحياء فان بادر الغير فاحياه فحق ملكه وجهان معروفان هذا كله فيمن انعقد له سبب التملك وصار التملك واقعاً على اختياره فاما ان ثبت له رغبة في التملك ووعد به ولم ينعقد السبب كالمستام والخطاب اذا ركن اليهما فلا يجوز مزاحمتها أيضاً ولكن يصح على المنصوص وخرج القاضى وجهاً بالبطان من البيع على بيعه والفرق بينهما واضح لأن الحق في البيع انعقد واخذ به ولا كذلك ههنا ولأن المفيد للملك هنا المقد والمحرّم سابق عليه فهو كاستيلاء الأب والشريك يحصل له الملك بالعلق لما كان المحرم وهو الوطء سابقاً عليه .

النوع الثالث حق الانتفاع ويدخل فيه صور:

(منها) وضع الجار خشباً على جدار جاره اذا لم يضربه للنص الوارد فيه (ومنها) إجراء الماء في أرض غيره اذا اضطر الى ذلك في إحدى الروايتين لقضاء عمر تعالى الشيخ تقي الدين وكذلك اذا احتاج ان يجري ماء في طريق مائه مثل أن يجري مياه سطوحه أو غيره في قناة لجاره أو يسوق في قناة عذبة ما دهم يقاسمه جاره ولو وضع على التربة عبارة يجري فيها الماء فخرجها لأصحاب على الروايتين ونقل أبو طالب عن أحمد في قوم اقتصموا داراً كانت لها أربعة سطوح يجري الماء عليها فلما اقتصموا أراد أحدهم أن يمنع من جريان الماء الآخر عليه وقال هذا قد صار لي وليس بيننا شرط فقال أحد يرد الماء الى ما كان وإن لم يشرط ذلك ولا يضربه . وحمل طائفة من أصحابنا هذه الرواية على أنه يحصل به ضرر يمنع من جريان الماء وأنه يحتاج إلى أن ينقض سطحه ويستحدث له مسيلاً لجعل له أن يجريه على رسمه الأول كذلك كما يجري مائه في أرض غيره للعاجة أو يضع خشباً على جداره وكذا ذكره ابن عقيل وغيره وحله بعضهم على أن الدار إذا اقتصمت كانت مراقبها كلها باقية مشتركة بين الجميع كالاستطراق في طريقها، ولهذا قلنا لو حصل الطريق في حصة أحد المقتسمين ولا منفذ للآخر لم تصح القسمة، وعلى هذا حمله صاحب شرح الهداية وخرج صاحب المغنى في رواية أبي طالب وجهاً في مسألة الطريق بصحة القسمة وبفناء حق الاستطراق فيه للآخر وبينها فرق، فإن الطريق لا يراد منه سوى الاستطراق فالاشتراك فيه يزيل معنى القسمة والاختصاص بخلاف إجراء الماء على السطح فانه لا يمنع صاحب السطح من الانفراد بالانتفاع به بسائر وجوه الانتفاعات المختصة بالملك (ومنها) لو باع أرضاً فيها زرع يحصد مرة واحدة ولم يبد صلحاً أو شجرة عليه ثم لم يبد صلحاً كان ذلك مبقى في الشجر والأرض إلى وقت الحصاد والجداد بغيره أجره ولو أراد تفريغ الأرض من الزرع ليتفع بها إلى وقت الجناز أو يؤجرها لم

يكن له ذلك كمالاً يملك الجار إعاره غيره ما يستحقه من الانتفاع بملك جاره وكذلك لو باع زرعاً قد بدا صلاحه في أرض فإن عليه إبقاؤه إلى وقت صلاحه للحصاد فاما ان باع شجرة فهل يدخل منبتها في البيع على وجهين ذكرهما القاضي وحكى عن ابن شاقلا أنه لا يدخل وان ظاهر كلام احمد الدخول حيث قال فيمن أقر بشجرة لرجل هي له بأصلها وعلى هذا لو انقلعت فله إعادة غيرها مكانها ولا يجوز ذلك على قول ابن شاقلا كالزرع إذا حصد فلا يكون له في الأرض سوى حق الانتفاع .

النوع الرابع حق الاختصاص وهو عبارة عما يختص مستحقه بالانتفاع به ولا يملك أحد مزاحمته فيه وهو غير قابل للشمول والمعاوضات ويدخل تحت ذلك صور :

(منها) الكلب المباح اقتناؤه كالمعلم لمن يصطاد به فان كان لا يصطاد به أو كان الكلب جرواً يحتاج إلى التعليم فوجهان (ومنها) الادمان المنتجة المنتفع بها بالابقاد وغيره على القول بالجواز فاما نجسة العين كدهن الميتة فالمخصوص أنه لا يجوز الانتفاع به ، ونقل ابن منصور عن احمد ما يدل على جوازه (ومنها) جلد الميتة المدبوغ إذا قبل يجوز الانتفاع به في اليابسات فاما ما لا يجوز الانتفاع به من النجاسات بحال فلا بد ثابته عليه وآية ذلك أنه لا يجب رده على من انتزعه ممن هو في يده بخلاف ما فيه نفع مباح فانه يجب رده نعم لو نصب خيراً فتخللت في يد الغاصب وجب ردها ذكره القاضي وابن عقيل والاصحاب لأن يد الاول لم تنزل عنها بالنصب فكأنها تخللت في يده واختلفت (١) عبارات الاصحاب في زوال الملك بمجرد انخمير فاطلق الاكثرون الزوال منهم القاضي وابن عقيل وظاهر كلام بعضهم أن الملك لم يزل ومنهم صاحب المغني في كتاب الحج وفي كلام القاضي ما يدل عليه وبكل حال فلو عادت عاد الملك الاول لحقوقه من ثبوت الرهنه وغيرها حتى لو خلف خيراً وديناً فتخللت الخمر فضى منه دينه ذكره القاضي في المجرد في الرهن وذكره ابن عقيل أيضاً لو وهب الخمر وأدبها أو أرافها فجعله آخر فتخللت في يد الثاني فهل هي ملك له أو لا ؟ على احتمالين وهرقا بين ذلك وبين النصب بأن الأول زالت يده عنها بالارافه والاقباض وثبت يد الثاني بخلاف النصب ورجح صاحب المغني أن الرهن لا يبطل بتخمير العصر وهذا كله يدل على ثبوت اليد على الخمر لا مكان عودها مالا (ومنها) مرافق الأملاك كالطرق والآفنية ومسبل المياه ونحوها هل هي مملوكة أو نبت فيها حق الاختصاص وفي المسألة وجهان : أحدهما ثبوت حق الاختصاص فيها من غير ملك وبه جزم القاضي وابن عقيل في باب إحياء الموات وفي النصب ودل عليه المصوص عن احمد فيمن حفر في فائه بئراً أنه متعبد بحفره

في غير ملك ، وطرد القاضى ذلك حتى في حريم البشر ورتب عليه أنه لو باعه أرضاً بفنائها لم يصح البيع لأن الفناء لا يختص به إذا استطرأه عام بخلاف ما لو باع بطريقها وأورد ابن عقيل احتمالاً بصحة البيع بالفناء لأنه من الحقوق فهو كسبل المياه : والوجه الثاني الملك وصرح به الأصحاب في الطرق وجزم به في الكل صاحب المغنى وأخذ من نص أحمد والخرقي على ملك حريم البشر (ومنها) مرافق الأسواق المتسعة التي يجوز البيع والشراء فيها كالدكاكين المباحة ونحوها فالسابق إليها أحق بها ، وهل ينتهى حقه بانتهاء النهار أو يمتد إلى أن ينقل قماشه عنها على وجهين ، وظاهر كلام أحمد في رواية حرب الأول لجرمان العادة بانتفاء الزيادة عليه ، وعلى الثاني فلو أطال الجلوس قبل يصرف أم لا على وجهين لأنه يفضى إلى الاختصاص بالحق المشترك (ومنها) الجلوس في المساجد ونحوها لعبادة أو مباح فيكون الجالس أحق بمجلسه إلى أن يقوم عنه باختياره قاطعاً للجلوس أما أن قام لحاجة عارضة وقته العود فهو أحق بمجلسه ويستثنى من ذلك الصبي إذا قام في صف فاضل أوفى وسط الصف فإنه يجوز نقله عنه صرح به القاضى ، وهو ظاهر كلام أحمد وعليه حل فعل أبي بن كعب بقيس بن عباد .

والنوع الخامس حق التعلق بالاستيفاء الحق وله صور :

(منها) تعلق حق المرتين بالرهن ومعناه أن جميع أجزاء الرهن محبوس بكل جزء من الدين حتى يستوفى جميعه (ومنها) تعلق حق الجناية بالجاني ومعناه أن حقه انحصر في ماليته وله المطالبة بالاستيفاء منه ويتعلق الحق بمجموع الرقبة لا بقدر الارش^(١) على ظاهر كلام الأصحاب ويباح جميعه في الجناية ويوفى منه الحق ويرد الفضل إلى السيد ، وذكر القاضى في المجرد أن ظاهر كلام أحمد أنه لا يرد عليه شيء . وهذا صريح في تعلق الحق بالبيع وللاصحاب في العبد المرهون إذا جنى وكان في قيمته فضل عن الارش^(٢) هل يباح جميعه أو بمقدار الارش^(٣) فيه وجهان لكن يباح جميعه يندفع به عن السيد ضرر نقص القيمة بالتشقيص (ومنها) تعلق حق الترماء بالتركة هل يمنع اقتطاعها بالارش على روايتين وهل هو كتعلق الجناية أو الرهن ؟ اختلف كلام الأصحاب في ذلك وصرح الأكثرون بأنه كتعلق الرهن ويفسر بثلاثة أشياء أحدها أن تعلق الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها فلا ينفك منها شيء حتى يوفى الدين كله . وصرح بذلك القاضى في خلافه إذا كان الوارث واحداً قال وإن كان جماعة انقسم عليهم بالحصص ويتعلق كل حصّة من الدين بنظيره من التركة وبكل جزء منها فلا ينفك منها شيء حتى يوفى جميع تلك الحصّة ولا فرق في ذلك بين أن

(١) - (٣) في نسختي الدار : الارش .

يكون الدين مستغرقاً للتركة أو غير مستغرق صرح به جماعة منهم صاحب الترغيب في التفتيس الثاني أن الدين في الذمة ويتعلق بالتركة وهل هو في ذمة الميت أو الورثة على وجهين سبق ذكرهما والثالث أنه يمنع صحة التصرف وفي ذلك وجهان أيضاً سبقا وهل تعاق حقهم بالمال من حين المرض ام لا ؟ تردد الأصحاب في ذلك ونقل الميموني عن أحمد بن محمد عليه دين يحيط بجميع ممتلكات المريض ام لا ؟ قلنا نعم ! قلنا هذا ليس له مال قال ليس ثلث له قلت ليس هذا المال له قال ليس هو الساعة في يده قلت بلى ! ولكنه لغيره قال دعها فانها مسألة فيها ليس والذي كان عنده على ما نأظرته ان هذا جائز . واستشكل القاضي هذه الرواية فيها قرأته بخطه وجعل ظاهرها صحة الوصية بالثلث مع الدين وحملها على احد وجهين إما ان يكون حكم المريض مع الغرماء كحكمه مع الورثة لتعلق حق الجميع بماله فلا يكون ممنوعاً من التصرف بالثلث مع واحد منها . أو أن يقف صحة تصرفه على إجازة الغرماء . وقال الشيخ تقي الدين هي بدل على ان الغرماء لا يتعلق حقهم بالمال الا بعد الموت لأن حقهم في الحياة في ذمته والورثة لا يتعلق حقهم بالمال مع الدين فيبقى الثلث الذي ملكه الشارع التصرف فيه لا مانع له من التصرف فيه فينفذ تصرفه فيه منجزاً لآدم ملقاً بالموت بخلاف الزائد على الثلث اذا لم يكن عليه دين فان حق الورثة يتعلق به في مرضه اذا لاحق لهم في ذمته . قلت : وتردد كلام القاضي وابن عقيل في خلافيهما في المريض هل لورثته منه من اتفاق جميع ماله في الشبوات أم لا ؟ فنفى موضع جزاً ما بثبوت المنع لهم لتعلق حقهم بماله وأنكر اذ ذلك في مواضع (ومنها) تعلق حق الموصي له بالمال هل يتبع الانتقال الى الورثة جعل طائفة من الأصحاب حكمه حكم الدين ومنهم أبو الخطاب في انتصاره وأبو الحسين في فروعه ويشهد لذلك قول طائفة من الأصحاب أن الموصي به قبل القبول على ملك الورثة وجزم القاضي في خلافه بعدم انتقاله الى الورثة مفرقاً بين الدين والوصية بأن حق الموصي له في عين التركة ولا يملك الورثة إبدال حقه بخلاف الدين فان حق صاحبه في التركة والذمة وللورثة التسوية من غيره وأخذ ذلك بما رواه ابن منصور عن أحمد بن أوصى أن يخرج من ماله كذا وكذا في كذا وكذا سنة قال لا يقسم المال حتى ينفذوا ما قال الا إن يضموا ان يخرجوه فلم ان يقسموا البقية وكذلك في المجرى والفصول في باب الشركة ان الموصي له ان كان معيماً فهو شريك في قدر ما وصى له به وان كان غير معيّن كالفقراء والمساكين لم يجز للورثة التصرف حتى يردوا نصيب الموصي له وما يدل على عدم انتقاله الى الورثة أن المشهور عندنا صحة الوصية بالزائد على الثلث وان إجازة الورثة لها تنفيذ لا ابتداء عطية (ومنها) تعلق الزكاة بالنصاب هل هو تعلق شركة او ارتهاً او تعلق الاستيفاء كالجنانية اضطرب

كلام الاصحاب في ذلك اضطرابا كثيرا . ويحصل منه ثلاثة اوجه : احدها انه تعلق شركة وصرح به القاضي في موضع من شرح المذهب وظاهر كلام ابي بكر يدل عليه وقد بينه في موضع آخر والثاني تعلق استيفاء وصرح به غير واحد منهم القاضي ، ثم منهم من يشبهه بتعلق الجناية ومنهم من يشبهه بتعلق الدين بالتركة . والثالث انه تعلق رهن وينكشف هذا النزاع بتحرير مسائل :

(منها) ان الحق هل هو متعلق بجميع النصاب أو بمقدار الزكاة فيه غير معين ؛ وقد نقل القاضي وابن عقيل الاتفاق على الثاني (ومنها) أن منع التعلق بالمال هل يكون ثابتا في ذمة المالك أم لا ؟ وظاهر كلام الأكثرين انه على القول بالتعلق بالعين لا يثبت في الذمة منه شيء الا ان يتلف المال او يتصرف فيه المالك بعد الحول . فظاهر كلام ابي الخطاب وصاحب المحرر في شرح الهداية انا اذا قلنا الزكاة في الذمة فتعلق بالعين تعلق استيفاء محض كتعلق الديون بالتركة وهو اختيار الشيخ تقي الدين شيخ الاسلام ابن تيمية وهو حسن (ومنها) منع التصرف والمذهب أن لا يمنع كما سبق (ومنها) اعنى صور تعلق الحقوق بالاموال تعلق حق غرماء المفلس بماله بعد الحجر وهو تعلق استحقاق الاستيفاء منه (ومنها) تعلق ديون الغرماء بمال المأذون له وقد ذكر القاضي في المجرى أن هذا التعلق هل يصح شراء السيد منه كمال المكاتب مع سيده أولا وكالموهون بالنسبة الى الراهن على احتماليين وهذا لا يتوجه على ظاهر المذهب ، وهو تعلق ديونه بذمة السيد وانما يتوجه على قولنا بتعلق برقة العبد وقد صرح في الخلاف الكبير ببناء المسألة على هذا (ومنها) تعلق حقوق الفقراء بالهدى والاصاحى المعينة ويقدمون بما يجب صرفه اليهم منها على الغرماء في حجة المرجح وبعد وفاته .

{ القاعدة السادسة والثمانون }

المالك اربعة انواع : ملك عين ومنفعة ، وملك عين بلا منفعة ، وملك منفعة بلا عين ، وملك انتفاع من غير ملك المنفعة .

اما النوع الاول فهو عامة الاملاك الواردة على الاعيان المملوكة بالاسباب المقتضية لها من بيع وهبة وارث وغير ذلك . واعلم أن ابن عقيل ذكر في الواضح في اصول الفقه اجماع الفقهاء على ان العباد لا يملكون الاعيان وانما ملك الاعيان خالقها سبحانه وتعالى وان العباد لا يملكون سوى الانتفاع بها على الوجه المأذون فيه شرعا فن كان مالكا لعموم الانتفاع فهو المالك المطلق ومن كان مالكا لنوع منه فملكه مقيد ويختص باسم خاص يمتاز به كالمستأجر والمستعير وغير ذلك .

وكذا ذكر ابن الرافعي في كتاب غرر البيان ورجحه الشيخ تقي الدين رحمه الله . فعلى هذا جميع الاملاك انما هي ملك الانتفاع ولكن التقسيم هنا وارد على المشهور .

النوع الثاني ملك العين بدون منفعة وقد اثبتته الاصحاب في الوصية بالمنافع لواحد وبالرقبة لآخر أو تركها للورثة وقد قال احمد في رواية منها فيمن أوصى بخدمة عبده أو ظهر دابة تركب أو بدار يسكن . فقال الدار لا بأس بها واكره العبد والدابة لأنهما يموتان قال أبو بكر الذي أقول به أن الوصية تصح في جميع ذلك لأن الدار تخرب أيضاً وحل القاضي كلام احمد على الكراهة دون ابطال الوصية . قال الشيخ تقي الدين رحمه الله لم يرد احمد أن الوصية لا تجوز إلا بما يدوم نفعه فإن هذا لا يقوله أدنى من له نظر في الفقه فضلاً عن أن يكون هذا الامام ، وانما أراد أن العبد والدابة إذا أوصى بمنافعهما على التأييد فلم يترك للورثة ما ينتفعون به فلا يجوز أن يحسب ذلك عليهم من الميراث فإنه لا فائدة في الرقبة المجردة عن المنافع بل هو ضرر محض بجواز الوصية وقد شرط الله تعالى لجواز الوصية عدم المضارة لكن ان قصد الموصي ايصال جميع المنافع إلى الموصى له فهذه وصية بالرقبة فلا يحسب على الورثة منها شيء ولا يصح الايصاء معها بالرقبة وان قصد مع ذلك إبقاء الرقبة للورثة أو الايصاء بها لآخر بطلت الوصية لامتناع أن تكون المنافع كلها لشخص والرقبة لآخر ولا سبيل إلى ترجيح أحد الأمرين فيبطلان . اما ان وصى في وقت بالرقبة لشخص وفي آخر بالمنافع لغيره فهو كالموصى بعين لاثنتين في وقتين واستدل على أن تملك جميع المنافع تملك للعين بالرقبة والعمرى فإنها تملك للرقبة حيث كانت تملكاً للمنافع في الحياة وهذا المعنى متفق في الوصية بسكنى الدار لأن هذا تملك منفعة خاصة ينتهى بموت الموصى له وبخراب الدار فيعود الملك إلى الورثة كما يعود الملك في السكنى في الحياة .

النوع الثالث ملك المنفعة بدون عين وهو ثابت بالاتفاق وهو ضربان : أحدهما ملك مؤبد ويتدرج تحته صور :

(منها) الوصية بالمنافع كما سبق ويشمل جميع أنواعها الا منفعة البضع فإن في دخولها بالوصية وجوب (ومنها) الوقف فإن منافعه وثمراته مملوكة للوقوف عليه وفي ملكه لرقبته وجهان معروفان لها فوائد متعددة (ومنها) الأرض الخراجية المقررة في يد من هي في يده بالخراج يملك منافضاً على التأيد . والضرب الثاني ملك غير مؤبد فنه الاجارة ومنافع المبيع المستثناة في العقد مدة معلومة ، ومنه ما هو غير موقت لكنه غير لازم كالعارية على وجه وإقطاع الاستغلال .

النوع الرابع ملك الانتفاع المجرد وله صور متعددة :

(منها) ملك المستعير فانه يملك الانتفاع لا المنفعة الا على رواية ابن منصور عن احمد ان العارية المؤقتة تلزم كذا قال الاصحاب ويمكن أن يقال لزوم العارية المؤقتة انما يدل على وجوب الوفاء يدل الانتفاع لا على تملك المنفعة (ومنها) المتنع بملك جاره من وضع خشب وعمر في دار ونحوه وان كان بمقد صلح فهو اجارة (ومنها) اقتطاع الارفاق كمقاعد الأسواق ونحوها . (ومنها) الطعام في دار الحرب قبل حيازته يملك الفاتحون الانتفاع به بقدر الحاجة وقياسه الاكل من الاضحية والتمر المعلق ونحوه (ومنها) اكل الضيف لطعام المضيف فانه اباحة محضة لا يحصل به الملك بحال على المشهور عندنا وعن احمد رواية باجزاء الاطعام في الكفارات وينزل على أحد قولين إما ان الضيف يملك ما قدم اليه وان كان ملكا خاصا بالنسبة إلى الاكل . وإما ان الكفارة لا يشترط فيها تملك (ومنها) عقد النكاح وترددت عبارات الاصحاب في مورده هل هو الملك أو الاستباحة فمن قائل هو الملك . ثم ترددوا هل هو ملك منفعة البضع أو ملك الانتفاع بها (١) وقيل بل هو الحل لا الملك ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة مع أنه لا ملك لها وقيل بل المقنود عليه ازدواج كالشاركة ولهذا فرق الله سبحانه بين الازدواج وملك العيين واليه ميل الشيخ تقي الدين فيكون من باب المشاركات دون المعاوضات

(القاعدة السابعة والثمانون)

فما يقبل النقل والمعاوضة من الحقوق المالية والأموال ، أما الاملاك التامة فقابلية للنقل بالمعوض وغيره في الجملة ، وأما ملك المنافع فان كان بمقد لازم ملك فيه نقل الملك بمثل العقد الذي ملك به أو دونه دون دأمو أعلى منه ويملك المعاوضة عليه أيضا صرح به القاضي في خلافه ويندرج تحت هذا صور :

(منها) اجارة المستأجر جائزة على المذهب الصحيح بمثل الاجرة وأكثر وأقل (ومنها) اجارة الوقف (ومنها) اجارة المنافع الموصى بها وصرح بها القاضي في خلافه (ومنها) اجارة المستثناة في عقد البيع (ومنها) اجارة [أرض] العنوة الخراجية والمذهب الصحيح محبتها وهو نص احمد ولكن استحب المزارعة فيها على الاستئجار وحكى القاضي وابن عقيل رواية أخرى بالمنع كرباع مكة (٢) وقد أشار احمد في رواية حنبل الى كراهة منعها وسنذكره في موضعه (ومنها) اعارة العارية المؤقتة اذا قيل بلزومها وملك المنفعة فيها فانه يجوز ولا تجوز الاجارة لأنها أعلى صرح به

(١) يباح في نسختنا بقدر ثلاث كلمات (٢) في نسختي الدار : كرباع هذه .

القاضي في خلافه وأما إجارة اقطاع الاستغلال التي موردها منفعة الأرض دون رقبته فلا نقل فيها نعليه، وكلام القاضي قد يشعر بالمنع لأنه جعل مناط صحة الإجارة للنافع لزوم العقد وهذا منتف في الاقطاع وقد قال الشيخ تقي الدين رحمه الله يجوز وجعل الخلاف فيه مبتدعا وقرره بان الامام جعله للجدد عوضا عن أعمالهم فهو كالمملوك يعوض ولأن اذنه في الايجار عرفي فجاز كما لو صرح به ولو نهايا الشر يكان على الأرض وقلنا لا يلزم قبل لأحدهما إجارة حصته الأظهر جوازه لأن المهاييات اذا فسخت عاد الملك مشاعا فيخرج على الخلاف في إجارة المشاع وتستثنى من ذلك الحقوق الثابتة دفعا للضرر الاملاك فلا يصح النقل فيها بحال ونصح المعاوضة على إثباتها واستيفائها . وأما ملك الانتفاع وحقوق الاختصاص سوى البضع وحقوق التملك فهل يصح نقل الحق فيها أم لا ؟ ان كانت لازمة جاز النقل لمن يقوم مقامه فيها يغير عوض وفي حوازه يعوض خلاف ويندرج ذلك في (١) مسائل (منها) ما ثبتت عليه يد الاختصاص كالكلب والزيت النجس المنتفع به فانه تثقل اليد فيه بالارث والوصية والاعارة في الكلب وفي الهبة وجهان اختار القاضي عدم الصحة وخالفه صاحب المغنى وليس بينهما خلاف في الحقيقة لأن نقل اليد في هذه الاعيان بغير عوض جائز كالوصية وقد صرح به القاضي في خلافه ، واما إجارة الكلب فالمنهج انها لا تصح لأنها معاوضة ولا مالية فيه وحكي ابو الفتح الحلواني فيها وجهين وكذا خرج ابر الخطاب وجهها الجواز فيكون معاوضة عن نقل اليد ويرده النهي عن بيعه وقد كان يمكن جعله معاوضة عن نقل اليد (ومنها) المستعير لا يملك نقل حقه من الانتفاع الا ان يقول بلزوم العارية كما سبق (ومنها) مرافق الاملاك من الافنية والازقة المشتركة تصح اباحتها والاذن في الانتفاع بها كالاذن في فتح باب ونحوه قال في التلخيص ويكون اعارة على الاشبه وتجوز المعاوضة عن فتح الابواب ونحوها ذكره في المنفى والتلخيص وهو شبيه بالمصالحة بعوض على اجراء الماء في أرضه أو فتح الباب في حائطه او وضع خشب على جداره ونحوه ، وهذا متوجه على القول بملك هذه المرافق اما على القول بعدم الملك فهو شبيه بنقل اليد بعوض كما سبق وكذلك ذكر الأصحاب جواز المصالحة عن الروشن الخارج في الدرب المشترك وأما [على] الشجرة ففيها خلاف معروف لكونها لا تدوم على حالة واحدة واما الانتفاع بأفنية الاملاك والمساجد بغير اذن من الملك والامام فان كان فيه ضرر لم يجز والا ففى جوازه روايتان ذكره القاضي في الاحكام السلطانية وتجوز المصالحة بعوض على اسقاط حقه من وضع الخشب على جداره ونحوه ذكره في المجرد (ومنها) : تحجر الموات ومن اقطعه الامام مواتا ليجبيه (٢)

(١) في نسختي الدار ويستثنى من (٢) بالاصل (ليجبيه) .

لا يملكه بمجرد ذلك على المذهب لكن يثبت له فيه حق التملك فيجوز نقل الحق الى غيره بهبة واعارة وينتقل الى ورثته من بعده ودل له المعاوضة عنه على وجهين اصلهما المعاوضة عن الحقوق فان هذا حق تملك كما سبق وفارق الشفعة فان النقل فيها يمنع لانها من حقوق الاملاك فهي مما استثنى من القاعدة . قال احمد في رواية ابن منصور الشفعة لا تباع ولا توهب وحمل القاضي قوله لا تباع على ان المشتري ليس له أن يصلح الشفيع عنها بموضع قال لأنه خيار لا يسقط الى مال فلم يجز اخذ الموضع عنه كخيار الشرط والمجلس بخلاف خيار القصاص والعيب لأنه يسقط الى الدية والارش والأظهر حمل قول احمد لا تباع ولا توهب على ان الشفيع ليس له نقلها الى غيره بموضع ولا غيره فاما مصالحته للمشتري فهو كالمصالحة على ترك وضع الخشب على جدار ونحوه . وذكر القاضي في باب الشفعة أيضاً أن خيار العيب تجوز المصالحة عنه بموضع وعلل بأن العيب يمنع لزوم العقد ومع عدم لزوم تجوز الزيادة في الثمن والنقص منه فجعل الصلح هنا اسقاطاً من الثمن كالارش ، وعلى قياس خيار الشرط والمجلس لأن التصرف في الثمن بالنقص والزيادة يمكن (ومنها) الكلاً والماء في الأرض المملوكة اذا قلنا لا يملك بغير الحيازة فلذلك الاذن في الاخذ وليس له المعاوضة عند أكثر الأصحاب . ووقع في المنع والمحرم ما يقتضي حكاية روايتين في جواز المعاوضة وان قلنا بعدم الملك ولعله من باب المعاوضة مما يستحق تملكه فيلتحق بالقاعدة (ومنها) مقاعد الأسواق ومجالس المساجد ونحوها يصح نقل الحق فيها بغير عوض لأن الحق فيها لازم بالسبق ولو آثر بها غيره فسبق ثالث فجلس فهل يكون أحق من المؤثر أم لا على وجهين . احدهما نعم لأن حق القائم زال بانفصاله فصار الحق ثابتاً بالسبق . والثاني لا ، لأنه لو قام الحاجة ونحوها لم يسقط حقه فكذا اذا آثر غيره لأنه اقامه مقام نفسه وبني بعضهم هذا الخلاف على القول بعدم كراهة الايثار بالقرب فاما ان قلنا بكراهيته فالسابق أحق به وجباً واحداً ورفق بعضهم بين مجالس المساجد ونحوها ومقاعد الأسواق فاجاز النقل في المقاعد خاصة لانها منافع دينية فهي كالحقوق المالية (ومنها) الطعام المباح في دار الحرب يجوز نقل اليد فيه الى من هو من أهل الاستحقاق من المنعم أيضاً لاشتراك الكل في استحقاق الانتفاع ولا يكون ذلك تمليكاً لا تنفله ملكة بالأخذ حتى لو احتاج الى صاع من برجد وعنده صاعان رديان فله ان يبدلهما بصاع اذ هو مأخوذ على الاباحة دون التمليك صرح به القاضي وابن عقيل (ومنها) المباح اكله من مال الزكاة والاضاحي يجوز اطعامه للضيفان ونحوهم لاستقرار الحق فيه بخلاف طعام الضيافة ولا يجوز المعاوضة عن شيء من ذلك (ومنها) منافع الأرض الخراجية فيجوز نقلها بغير عوض الى من يقوم

مقامه فيها وينتقل الى الوارث ويقوم بمقام مورثه فيها : وكذلك يجوز جعلها مهر أنص عليه في رواية عبد الله ونص في رواية ابن هاني وغيره على جواز دفعها الى الزوجة عوضا عما يستحقه عليه من المهر وهذا معاوضة عن منافعها المملوكة فالما يبيع فكرهه احمد ونهى عنه واختلف قوله في بيع العارة التي فيها ثلاثا يتخذ طريقا الى بيع رقة الأرض التي لا يملك بل هي إما وقف وإما للسلبين جميعا ونص في رواية المروذي على أنه يبيع آلات عمارته بما يساوى وكره أن يبيع بأكثر من ذلك لهذا المعنى وكذلك نقل عنه ابن هاني أنه قال يقوم دكانه ما فيه من غلق وكل شيء يخدمه فيه يعطى ذلك ولا أرى أن يبيع سكني دار ولا دكان ورخص في رواية عنه في شرائها دون بيعها لأن شرائها استغناؤها بعوض ممن يتعدى الصرف فيها وهو جائز ورخص في رواية المروذي أيضا في بيع ما يحتاج اليه للنفقة منها فإن كان فيه فضل عن النفقة تصدق به وكل هذا بناء على أن رقة هذه الأرض وقفها عمر رضي الله عنه ومن الأصحاب من حكى رواية أخرى بجواز البيع مطلقا كالحلواني وابنه وكذلك خرجها ابن عقيل من نص احمد على صحة وقفها ولو كانت وقفها يصح وقفها وكذلك وقع في كلام أبي بكر وابن شاذان وابن أبي موسى ما يقتضي الجواز وله مأخذان : أحدهما أن الأرض ليست وقفها وهو مأخذ ابن عقيل وعلى هذا فإن كانت مقسومة فلا إشكال في ملكها وإن كانت فينا لبيت المال وأكثرك كلام احمد يدل عليه فهل تهير وقفها بنفس الانتقال الى بيت المال أم لا على وجهين . فإن قلنا لا تهير وقفها فلا ممانعها وصرف ثمنها الى المصالح . وهل له اقتطاعا اقطاع تملك على وجهين ذكر ذلك القاضي في الاحكام السلطانية : والمأخذ الثاني أن البيع هنا وارد على المنافع دون الرقة فهو نقل للمنافع المستحقة بعوض وهذا اختيار الشيخ تقي الدين ويدل عليه من كلام احمد أنه أجاز دفعها عوضا عن المهر ويشهد له ما تقدم من المعاوضة عن المنافع في مسائل متعددة وإن كان القاضي وابن عقيل والأكثرون صرحوا بعدم صحة بيع المنافع المجردة والتحقيق في ذلك أن المنافع نوعان أحدهما منافع الاعيان المملوكة التي تقبل المعاوضة مع أعيانها فلهذا قد جوز الأصحاب بيعها في مواضع (منها) أن أصل وضع الخراج على العنوة إذا قبل هي في ذاته ليس بأجرة بل هو شيء بها ومتعدد بينها وبين البيع (ومنها) المصالحاة بعوض على وضع الاختشاب وفتح الابواب ومرور المياه ونحوها وليس باجارة محضة لعدم تقدير المدة وهو شيء بالبيع (ومنها) لو اعتق عبده واستثنى خدمته سنة فهل له أن يبيعها منه على روايتين ذكرهما ابن أبي موسى وهما منصوستان عن احمد ولا يقال هو لا يملك بيع العبد في هذه الحال لأن هذه المنافع كانت بملك المعاوضة عنها في حال الرق وقد استبقاها بعد زواله فاستمر حكم المعاوضة عليها كما يستمر حكم

وطء المكاتبه اذا استثناه في عقد الكتابة وهل الكتابة الاعدد معاوضة على المنافع .
النوع الثاني المنافع التي ملكت بمجردة عن الاعيان أو كانت أعيانها غير قابلة للمعاوضة فهذا محل
الخلافا الذي تكلم فيه هنا والله اعلم .

{ القاعدة الثامنة والثمانون }

في الانتفاع واحداث ما ينفع به من الطرق المسلوكة في الامصار والقرى وهراتها وقرارها .
أما الطريق نفسه فان كان ضيقا أو أحدث فيه ما يضر بالمارة فلا يجوز بكل حال ، وأما مع
السعة واتقاء الضرر فان كان المحدث فيه متابدا كالبناء والغراس فان كان لمنفعة خاصة بأحد الناس لم
يجز على المعروف من المذهب وان كان لمنفعة عامة فقيه خلاف معروف ؛ منهم من يطلقه ومنهم
من يخصه بحالة انتفاء اذن الامام فيه وإن كان غير متأبد ونفعه خاص كالجلوس وايقة الدابة
فيه فقيه خلاف أيضا . وأما التمرار الباطن فحكمه حكم الظاهر على المنصوص . وأما الهوا فان كان
الانتفاع به خاصا بدون اذن الامام فالمرء ممنوع وبأذنه فيه خلاف ويندرج تحت ذلك مسائل كثيرة
(منها) اذا حفر في طريق واسع بشرأ فان كان لنفع المسلمين فقيه طريقتان . أحدهما ان كان
بأذن الامام جاز وان كان بدون اذنه فقيه روايتان قاله القاضي وابن عقيل وصاحب المحرر . والثاني
فيه روايتان على الاطلاق قاله أبو الخطاب وصاحب المغنى اذا البئر فطنة العطش ، وان كان الحفر
لنفسه ضمن بكل حال ولو كان في فئائه نص عليه ولا يجوز اذن الامام فيه عند الاصحاب . وفي الاحكام
السلطانية للقاضي إن له التصرف في فئائه بما شاء من حفر وغيره اذا لم يضر وأما في فئاء غير فئان
أضر بأهله لم يجز وان لم يضر جاز وهل يعتبر اذنه أم اذن الامام في فئاء المسجد على وجهين
(ومنها) إذا بنى مسجدا في طريق واسع لم يضر بالمارة قال الاكثرون من الاصحاب ان كان بأذن
الامام جاز والا فروايتان وقال أحد في رواية ابن الحكم أكره الصلاة في المسجد الذي لا يؤخذ
من الطريق الا أن يكون بأذن الامام ، ومنهم من أطلق الروايتين وكلام أحد أكثر غير مقيد ل
في رواية المروفي المساجد التي في الطرقات حكمها أن تهدم . وقال اسعيل الشاذلي سألت أحمد
عن طريق واسع للمسلمين عنه غنى وبهم الى أن يكون هناك مسجد حاجة هل يجوز أن يبنى هناك
مسجد ؟ قال لا بأس بذلك اذا لم يضر بالطريق . قال وسألت أحمد هل يبنى على خندق مدينة المسلمين
مسجد للمسلمين عامة قال لا بأس بذلك إذا لم يضر بالطريق . قال الجوزجاني في المترجم والذي عني
أحمد من الضرر بالطريق ما وقت النبي صلى الله عليه وسلم من السبع الا ذرع كذا قال ومراداه

يجوز البناء إذا فضل من الطريق سبعة أذرع والمنصوص عن أحمد أن قول النبي صلى الله عليه وسلم إذا اختلقت في الطريق فأجعلوه سبعة أذرع في أرض مملوكة لقوم أرادوا البناء فيها وتشاجروا في مقدار ما يتركونه منها للطريق وبذلك فهم ابن مطة وأبو حفص العكبري والأصحاب وأنكروا جواز تضيق الطريق الواسع إلى أن يبقى منه سبعة أذرع (ومنها) بناء غير المساجد في الطرقات فإن كان البناء للوقف على المسجد فهو كبناء المسجد قاله الشيخ تقي الدين بن تيمية وكذا إن كان لمصلحة عامة كخان مسبل ونحوه وإن كان لمنفعة تختص بأحد الناس فالمشهور عدم جوازه لأن الطريق مشترك فلا يملك أحد إسقاط الحق المشترك منه والاختصاص به ولا يملك الإمام الاذن في ذلك وفي كتاب الطرقات لابن مطة أن بعض الأصحاب أفتى بجوازه وأخذه من نص أحمد في بناء المسجد والفرق واضح لأن بناء المسجد حق الاشتراك فيه باق غير أنه انتقل من استحقاق المرور إلى استحقاق اللبس للعبادة وكلام أحمد يدل على المنع قال في رواية ابن القاسم إذا كان الطريق قد سلكه الناس وصير طريقا فليس لأحد أن يأخذ منها شيئا قليلا ولا كثيرا وقال في رواية العباس ابن موسى إذا نصب الماء عن جزيرة لم يبن فيها لأن فيها ضرا وهو أن الماء يرجع قال القاضى معناه إذا بنى في طريق المارة فضر بالمارة في ذلك الطريق فلم يجوزه وكره في رواية ابن بختان أن يطلحن في الغروب وقال ربما غرقت السفن وقال في رواية مثني إذا كانت في طريق الناس فلا يعجبني والغروب كأنها طاحون يصنع في النهر الذي تجرى فيه السفن وكره شراء ما يطلحن فيها وذكر ابن عقيل في الغربة في النهر إن كان وضعها باذن الإمام والعريق واسع والجريان معتدل بحيث يمكن الاحتراز منه جاز والا لم يجز ، ولعل الغربة كالسفينة لا يتأبد بخلاف البناء وحكم الغراس حكم البناء وقد قال أحمد في النخلة المغروسة في المسجد أنها غرست بغير حق فلا أحب الأكل منها ولو قلما الإمام كان أولى ومن الأصحاب من أطلق فيها الكراهة كصاحب المبهج وجعل ثمرها لجيران المسجد الفقراء نص أحمد في رواية ابن هاني وابن بختان في دار السيل يفرس فيها كرم قال إن كان يضر بهم فلا وظاهره جوازه مع انتفاء الضرر ولعل الغرس كان لجهة السيل أيضا (ومنها) اختصاص أحد الناس في الطريق باتفاق لا يتأبد فمن ذلك الجلوس للبيع والشراء فقال إلا كثرون إن كان الطريق واسعا ولا ضرر في الجلوس بالمارة جاز باذن الإمام وبدون اذنه والا لم يجز وللإمام أن يقطعه من شاء وذكر القاضى في الأحكام السلطانية في جوازه بدون اذن الإمام روايتين وحكى في كتاب الروايتين في المسئلة روايتين بالجلوز والمنع ممحلها على اختلاف حالتين فالجلوز إذا لم يضر بالمارة والمنع إذا ضرر وجعل حق الجلوس كحق الاستطراق لأنه لا يعطل

حق المرور بالكلية فهو كالقيام لحاجة وأظن ابن بطه حكى قبله روايتين مطلقتين في الجواز وعدمه وكذلك ذكر صاحب المنع في الجلوس في الطريق الواسع هل يوجب ضمان ما عثر به على روايتين وذلك يدل على الخلاف في جوازه، وأما القاضى فقال لا يضمن بالجلوس رواية واحدة. ومن ذلك لوربط دابته أو وقفها في الطريق والمنصوص منعه قال في رواية أبي الحارث إذا أقام دابته على الطريق فهو ضامن لما جنت ليس له في الطريق حق، وكذا نقل عنه أبو طالب وحنبل ضمان جناية الدابة إذا ربطها في الطريق، وكذا أطلق ابن أبي موسى وأبو الخطاب من غير تفريق بين حالة التنسيق والسعة وما أخذناه من طبع الدابة الجناية بضمها أو رجلها فإيقافها في الطريق كوضع الحجر ونصب السكين فيه . وحكى القاضى في كتاب الروايتين رواية أخرى بعدم الضمان إذا وقف في طريق واسع لقول أحمد في رواية أحمد بن سعيد إذا وقف على نحو ما يقف الناس أو في موضع يجوز أن يقف في مثله فنفتحت يد أو رجل فلا شيء عليه قال القاضى ظاهره أنه لا ضمان إذا كان واقفا لحاجة وكان الطريق واسعا، وأما الأمدى فعمل المنع على حالة ضيق الطريق والجواز على حالة سعة والمذهب عنه الجواز مع السعة وعدم الإضرار رواية واحدة ومن المتأخرين من جعل المذهب المنع رواية واحدة وصرح صاحب التلخيص بجريان الخلاف في صورتى القيام والربط وخالف بعض المتأخرين وقال الربط عدوان بكل حال وربط السفينة وأرسائها في النهر المسلوك . قال ابن عقيل إن كان باذن الإمام والطريق واسع والجريان معتدل جاز والالم يجوز وخالف بعض الأصحاب في اعتبار اذن الإمام في هذا لشكره قال الميموني ملت أنا وأبو عبد الله إلى الزوارق يعنى في دجلة فاكترى زورقاً من الزوارق فرأيتهم يتخلى زوارق عدة لأناس ولم أره استاذن أحدا منهم قال بعض الأصحاب لأنه حريم دجلة وهو مشترك بين المسلمين فلما ضيقوه جاز المشى عليه وعلى قياس ذلك لو وضع في المسجد سرير ونحوه جازت الصلاة عليه من غير استئذان بخلاف ما إذا بسط فيه مصلى وقلنا لا يثبت به السبق فانه يرفع ويصلى موضعه ولا يصلى عليه لأن رفعه لاشقة فيه . ومن ذلك الاتفاق بالطريق بإلقاء الكتاسة والأقذار فإن كان نجاسة فهو كالنخلى في الطريق وهو منهى عنه لكن هل هو منهى كراهة أو نهى تحريم كلام الأصحاب مختلف في ذلك وإن كان مما يحصل به الزلق كرش الماء وصبه والقاء قشور البطيخ أو يحصل به العثر كالحجر فلا يجوز والضمان واجب به وقد نص عليه أحمد في رش الماء قال في الترغيب إلا أن يرشه ليسكن به القبار فهو مصلحة عامة فيصير كسفر البئر السالبة وفيه روايتان (ومنها) الحفر في الطريق وهو ممنوع سواء تركه ظاهراً أو غطاءه واسقف عليه قال المروذى سألت أبا عبد الله عن الرجل يحفر في فائه البئر أو يخرج المغلق

قال لاهذا طريق للسبلين قلت انما هي بئر تحفر ويسد رأسها قال أليس في طريق المسلمين اكره هذا كله فمنع من التصرف في باطن الطريق بالحفر ونقل عنه ابن هاني وابن بختان والفضل بن زياد في رجل في داره شجرة فنبت من عروقها شجرة في دار رجل آخر لمن هذه الشجرة قال ما أدري ما هذا وربما كان ضررا على صاحب الأرض قال القاضي وظاهر هذا أنه اذا لم يكن فيها ضرر وهو أن تكون عروقها تحت الأرض لا يؤخذ بقلعها لأن الضرر انما يكون بظهورها على وجه الأرض انتهى وفيه نظر وصرح ابن عقيل في الواضح في أصول الفقه بوجوب ازالة عروق شجرته من أرض غيره (ومنها) اشراع الاجنحة والساباطات والخشب والحجارة في الجدار الى الطريق فلا يجوز ويضمن به نص عليه أحمد في رواية أبي طالب وابن منصور ومهما وغيرهم ولم يعتبر اذن الامام في ذلك وكذلك ذكر القاضي في المجرى وصاحب المغني وقال القاضي في خلافة والاكثر ان يجوز باذن الامام مع انتهاء الضرر به وفي شرح الهداية للشيخ محمد الدين في كتاب الصلاة ان كان لا يضر بالمارة جاز وهل يفترق الى اذن الامام على روايتين احدهما يفترق لانه ملك مشترك بين المسلمين فلا يجوز تخصيصه بجهة خاصة الا للامام . والثانية لا يفترق لأن منفعة الطريق المورور وهو لا يختل بذلك وأما المازيب ومسيل المياه فكذلك عند الأصحاب قال المروزي سقف لابي عبد الله سطح الحاكمة وجعل مسيل المياه الى الطريق وبات تلك الليلة فلما أصبح قال ادع لي التجار يحول الميزاب الى الدار فدعوته له فحوله وهذا لا يدل على التحريم لانه لو اعتقده محرماً لم يفعله ابتداءً وانما حوله تورعا لحصول الشبهة فيه وفي المغني احتمال بجوازه مطلقاً مع انتهاء الضرر واختاره طائفة من المتأخرين وقال الشيخ تقي الدين اخراج الميازيب الى الدرب النافذ هو السنة وذكر حديث العباس في ذلك والماتون يقولون ميزاب العباس وضعه النبي صلى الله عليه وسلم بيده فكان أبانغ من ادته فيه ولا كلام فيما اذن فيه الامام

﴿ القاعدة التاسعة والمائون ﴾

أسباب الضمان ثلاثة عقد ويد واتلاف أما عقود الضمان فقد سبق ذكرها وكذلك سبق ذكر الأيدي الضامنة وأما الاتلاف فالمراد به أن يباثر الاتلاف بسبب يقتضيه كالقتل والاحراق أو ينصب سبياً عدواناً فيحصل به الاتلاف بأن يحفر بئراً في غير ملكه عدواناً أو يوجب نارا في يوم ريح عاصف فيتمدى الى اتلاف مال الغير أو كان الماء محتبساً بشئ وعادته الانطلاق فيزيل احتباسه وسواء كان له اختبار في انطلاقه أو لم يكن فدخل تحت ذلك ما داخل وكازق مائغ فاندفع

أو وقع قصصاً عن طائر فطار أو حل عبداً بآبقا فرب هذا هو الذي ذكره ابن حامد والقاضي والآخر
لأنه تسبب إلى الاتلاف بما يقتضيه عادة واستثنى ابن عقيل في فتواه ما كان من الطيور بألف البروج
ويستاد العود فقال لا ضمان في إطلاقه وإن لم يعد لأن العادة جارية بعوده فليس إطلاقه اتلافاً وقال
أيضاً في الفنون الصحيح للفرقة بين ما يحال الضمان على فعله كالإدعى وما لا يحال عليه الضمان
كالحيوانات والجمادات فإذا حل قيد العبد لم يضمن لأن العبد له اختيار ويصح إحالة الضمان عليه
فيقطع مباشرته لتلف بسبب مطلقه وهذا الذي قاله إمامنا يصح لو كان العبد من أهل الضمان لسيد
فأما إذا لم يكن من أهل الضمان للسيد تعين إحالة الضمان على المتسبب ولهذا قال الأصحاب إن جناية
العبد المصوب على سيده مضمونة على الغاصب حيث لم يكن العبد من أهل الضمان للسيد فأحيل على
الغاصب لتعديده بوضع يده عليه مع أنه ليس سبباً للجناية ولكن خرج ابن الزاغوني في الإقناع وجهاً
آخر أنه لا ضمان على الغاصب لأن الجناية من أصلها غير قابلة للتضمن لتعلقها بالرقبة الملوكة
للجنى عليه فلا يلزم الغاصب شيء منها ولا يلزم مثله في مطلق العبد لأنه متسبب إلى الاتلاف فإذا
لم يمكن إحالة الضمان على المباشر أحيل على المتسبب صيانة للجناية على مال المصوم عن الإهدار
مما أمكن وخرج الأمدى وجهاً آخر أن جناية العبد على سيده مضمونة عليه في ذمته يتبع بها بعد
عقده . وههنا فرع مترد فيه بين ضمان اليد وضمان الاتلاف وهو ما إذا حفر بشراً عدواناً أو نصب
شبكة أو منجلاً للصيد ثم مات ثم وقع في البئر حيوان مضمون أو عثر بالآلات الصيد حيوان مضمون
فإن جعلناه من باب الاتلاف ضمن من التركة وبه صرح في المجرى وابن عقيل في الفصول في باب
الرهن حتى قالوا لو بيعت البركة ففسخ في قدر الضمان منها لسبق سيبه ولو كانت التركة عبداً فأعتقه
الورثة قبل الوقوع ضمنوا قيمة العبد كالمروء صرح به القاضي في الخلاف وإن جعلناه من ضمان اليد
فهل يجعل كيد المشاهدة بعد الموت أو يجعل اليد لمن انتقل الملك إليه يحتمل على وجهين أصلهما اختلاف
الأصحاب فيما لو نصب شبكة فوقع فيها صيد بعد موته هل هو تركة مورثة جعلها كيد المشاهدة أو
هو ملك للورثة لأنها صارت كأيديهم . والذي صرح به القاضي وابن عقيل أنه تركة مورثة وقال
أبو الخطاب في الانتصار بل هو ملك للورثة بانتقال ملك الشبكة إليه كما يتولد من النتاج الموروث
ويشمر من الشجر وأما في العدوان المجرى فيحتمل أن ينقطع حكمه بموته ويحتمل أن يكون ضمانه
من تركة المتدعي لانعقاد سيبه في حياته ويشبه ذلك الخلاف فيمن مال حائطه فطوب بقبضه فباعه
ثم سقط هل يسقط عنه الضمان فيه وجهان سبق ذكرهما وهل يجب الضمان على من انتقل الملك
إليه إذا استدامه أم لا . والأظهر وجوبه عليه كمن اشترى حائطاً مائلاً فإنه يقوم مقام البائع فيه

فاذا طولب بازائه فلم يفعل ضمن على رواية ولو حفر عبده بئراً عدواناً بغير إذنه ثم أعتقه ثم تلف بها مال أو غيره ففي المئني الضمان على العبد لاستقلاله بالجناية وفي التلخيص هو على السيد بقدر قيمة العبد فما دون ثبوته عليه قبل العتق بذلك فقد وجد السبب في ملكه فلا يتنقل وهو بعيد تنبيه - لو أتلّف الغاصب المغمصوب ضمنه ضمان إتلاف ويد وقد نصّ أحد على أن من أمسك صيداً في الحرم ثم كفر عنه ثم ذبحه أنه يجزيه وهذا يدل على أنه جعله ضمان يد وإلا لما جاز تقديم كفارة الإتلاف عليه ويدل أيضاً على جواز تقديم الكفارة وإن كان موجبا معصية وفيه وجه بالنسبة ذكره القاضي في تعليقه لأن التقديم رخصة فلا تستباح بمحرم

{ القاعدة التسعون }

الأيدي المستولى على مال الغير بغير إذنه ثلاثة يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفى الضمان عما يستولى عليه سواء حصل الملك به أو لم يحصل ويد لا يثبت لها الملك وينتفى عنها الضمان. ويد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان أما الأولى فيدخل فيها صور :

(منها) استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب (ومنها) استيلاء أهل الحرب على أموال المسلمين لأنهم يملكون علينا بالاستيلاء وهو المشهور عند الأصحاب وينتفى الضمان عنهم فيما لم يملكوه أيضاً بما ثبتت عليه الأيدي كأم الولد ومالم يحوزوه إلى دارهم وما شرد إليهم من دواب المسلمين وأرقائهم (١) على قولنا أنهم لا يملكون ذلك أيضاً (ومنها) استيلاء الأب على مال الابن فإن كان استيلاء يحصل به الملك فلا إشكال في انتفاء الضمان وإن كان على غير وجهه وجه التملك فلا يثبت به الضمان ولو أتلّفه على أصح الوجهين وهو المذهب عند صاحب المحرر . وأما اليد الثانية فيدخل فيها صور :

(منها) من له ولاية شرعية بالقبض (ومنها) من قبض المال لحفظه على المالك فإنه لا يضمنه وقد نص أحمد فيمن أخذ آبقاً ليرده إلى سيده فهرب منه أنه لا ضمان عليه لكن أخذ الآبق فيه اذن شرعى وفي التلخيص وجه آخر بالضمان في المستنقذ من الغاصب للرد لعدم الولاية وهو ضعيف ولو كان القابض حاكماً فهو أولى بنفى الضمان لعموم ولايته وفي التلخيص فيما إذا حمل المغمصوب إليه ليدفعه إلى مالكه فهل يلزمه قبوله على وجهين وصحح لزوم وهو تفريق بين الحاكم وغيره وفي المجرد والفصول والمغنى ليس للحاكم انتزاع مال الغائب المغمصوب إلا أن يكون له ولاية عليه

(١) في نسختنا وأرقابهم والتصحيح عن ٧١١

بوجه مماثل أن يحده في تركة ميت ووارثه غائب فله الأخذ لأن له ولاية على تركة الميت بتنفيذ وصاياه وقضاء ديونه أو يحدها في يد سارق فيقطعه وتنزع منه العين تبعاً لولاية القطع والمسئلة المذكورة في مسئلة وجوب القصاص للغائب (١) ومسئلة قطع السارق مال الغائب (ومنها) الطائفة الممتنعة عن حكم الامام كالبقاء لا يضمن الامام ومطائفة ما ألتفوه عليهم حال الحرب وفي تضمينهم ما ألتفوه على الامام في تلك الحال روايتان أحدهما نفى الضمان الحاقاً لهم بأهل الحرب . وأما أهل الردة اذا لحقوا بدار الحرب أو اجتمعوا بدار منفردين ولهم منعة ففي تضمينهم روايتان واختار أبو بكر عدم التضمن الحاقاً لهم بأهل دار الحرب. وأما اليد الثالثة فهي اليد العارية التي يترتب عليها الضمان

(القاعدة الحادية والتسعون)

يضمن بالعقد وباليد الاموال المحصنة المنقولة اذا وجد فيها النقل. فاما غير المنقول فالشهور عند الاصحاب أنه يضمن بالعقد وباليد أيضاً كما يضمن في عقود التليكات بالاتفاق ونقل ابن منصور عن احمد أن العقار لا يضمن بمجرد اليد في الغصب من غير اتلاف وكذلك قال أبو جعفر (٢) العسكري في العارية فيها قرأته بخط القاضي وأما المنقول فان حصل نقله ترتب عليه ضمان اليد والعقد وان لم يوجد النقل فهل يضمن بالعقد فيه كلام سبق في أحكام القبوض وأما اليد المجردة فقال القاضي في خلافه لا يتوقف الضمان بها على النقل أيضاً كالعقد وكما يصير المودع ضامناً بمجرد جعود الوديعة من غير نقل ولا ازالة يد ورتب على ذلك أنه لو باع الناصب العين المنصوبة وخلى بينه وبين المشتري فتلقت قبل النقل ثم جاء المالك ان له ان يضمن المشتري قال وان سلناه تعين منع تضمينه فلا أنه لم يحصل كمال الاستيلاء وهو النقل فيما يمكن نقله وانما تردد في هذا لأنه فرع متردد بين الضمان بالعقد وباليد وفي التأخير اثبات اليد [وجزم ابن عقيل في نظرياته بان المشتري ما هنا لا يضمن ضمان غصب وان كان يضمنه في البيع الصحيح ضمان عقد بمجرد التولية وقاسه على العقار فان البائع اذا خلى بينه وبين المشتري صار من ضمانه بالعقد ولو ظهر له مستحق لم يضمنه بذلك ضمان غصب فيما يقبل النقل] (٣) الا في الدابة فان ذكرها كاف وكذلك الجلوس على الفرش لأنه غاية الاستيلاء وصرح القاضي في خلافه بمثل ذلك في الدابة وأما غير الاموال

(١) في ٧١١: للناصب (٢) في ٧١١: أبو حفص

(٣) ما بين المربعين أضيف عن نسخة ٧١١ وفي نسخة فيما يتنقل بالنقل

المحضنة فتوعان : أحدهما ما فيه شائبة الحرية لثبوت بعض أحكامها دون حقيقتها كأم الولد والمكاتب والمدير فيضمن باليد على ما ذكره القاضى والأصحاب وكذلك يضمن بالعقد الفاسد فى قياس المذهب قاله أبو البركات فى تعليقه على الهداية والثانى الحر المحض هل ثبت عليه اليد فترتب عليه الضمان أم لا المعروف من المذهب أن الحر لا تثبت عليه اليد فلا يضمن به أجمال ولو كان تابعا لمن تثبت عليه اليد كن غصب أمة حاملا بمجرد ذكره القاضى فى خلافه عما يشعر أنه محل وفاق وحكى للقاضى فى خلافه أيضا وتابعه صاحب المحرر فى ثبوت اليد على الحر الصغير وضمناه بالتلف تحتها روايتين منصوصتين لشبهه بالعبد حيث يتمكن من دعوى نسب مع جهالة ودعوى رقه وقال القاضى فى مواضع متعددة من خلافه تثبت اليد على الحر الكبير بالعقد دون اليد وبني على ذلك أن الأجير الخاص اذا سلم نفسه الى مستأجره فلم يستعمله استقرت له الأجرة لتلف منافعه تحت يده . وكذلك يجب المهر بالخلوة فى النكاح الفاسد عندنا لدخول المنفعة تحت اليد بالتمكن من الاستيفاء وكذلك لو تداعا اثنان زوجية امرأة وأقاما البينة وهى فى يد أحدهما فهى له ترجيحاً باليد كذا ذكره القاضى وإنما يتوجه على قولنا بتقدم بينة الداخل وحكى صاحب التلخيص وجها بثبوت اليد على منافع الحر دون ذاته ورتب عليه حصة أجارة المستأجر للأجير الخاص وجزم الأزجى فى النهاية بصحته وبني عليه جواز حصة أجارة الكافر للمسلم المستأجر معه وذكر احتمالين وبني صاحب التلخيص أيضا على ذلك غصب الحر وحجبه عن العمل فان فى ضمان أجرته وجهين

تنبيه - من الأصحاب من قال بمنفعة البضع لا تدخل تحت اليد وبه جزم القاضى فى خلافه وابن عقيل فى تذكرته وغيرهما، وفعروا عليه صحة تزويج الامة المنصوبة وإن الغاصب لا يضمن مهرها ولو حبسها عن النكاح حتى مات بالكبر . وخالف ابن المنى وجزم فى تعليقه بضمان مهر الامة بتفويت النكاح وذكر فى الحرة تردداً لامتناع ثبوت اليد عليها وقد يتفرع على ذلك أن الامة الموطوءة بغير إذن المالك لو حملت ثم تلفت بالولادة ضمنها الواطئ بخلاف الحرة اذا زنى بها كرها فحملت ثم مات من الطلق قال فى التلخيص لأن الاستيلاء كانه اثبات يد وهلاك تحت اليد المستولية على الرحم والحرة لا تدخل تحت اليد وبمجرد السبب ضعيف وفى المغنى يضمنها مطلقا لحصول التسبب فى التلف

(القاعدة الثانية والتسعون)

هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك أم لا ؟ فى المسألة خلاف وقد قال أحمد فى رواية ابن

الحكم فيمن أسره أهل الحرب ومعه جاريته أنها ملكة مع أن مذهبه المشهور عنه أن الكفار يملكون أموال المسلمين بالاسقلاء، والأظهر أنه انزال انتفاع المالك وسلطانه ثبت الضمان والأفلاء، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو غصب دابة عليها مالهما ومتاعه ففي الخلاف الكبير لا يضمن ، وكذلك قال الأصحاب لو استولى على حر كبير لم يضمن ثيابه لأنها في يد المالك ولو كان الحر صغيراً وقتلنا لا ثبت اليد عليه ففي ثيابه وجهان نظراً إلى [أن] يده لا تقوم على المنع وهذا يشهد لا اعتبار بقاء الامتاع في انتفاع الضمان (ومنها) لو استأجر دابة إلى مسافة فزاد عليها أو خلل شيء فزاد عليه وهي في يد المؤجر تلفت قال في المجرد يضمن لتعديده بالزيادة وسكوت المالك لا يمنع الضمان من غرق ثوبه وهو لا يمنع وفي التلخيص لا يضمن إذا تلفت بفعل الله تعالى وإن تلفت بالخلل ففي تكميل الضمان عليه وتصيفه وجهان، ويتوجه التفريق بين أن يكون قادر على الامتاع أولاً لا يكون كذلك فيجب الضمان مع عدم القدرة كن غصب دابة وأكره المالك على أن يحمل له عليها متاعه فإن هذا زيادة عدوان فلا يسقط به الضمان (ومنها) الإيجار المشترك إذا جنت يده على العين المستأجرة على العمل فيها ويد صاحبها ثابتة عليها فلا ضمان قاله القاضي في المجرد ، قال لأنه ليس بأكثر من الناصب والغاصب لا يضمن مادام يد صاحبه ثابتة عليه انتهى . ومراده بثبوت يد صاحبه بثبوت سلطته وتصرفه ولهذا لو أعاد الغاصب المنصوب إلى يد المالك على وجه لا يعود تصرفه إليه مثل إن رهنه عبده أو استأجره للعمل فيه لم يبرأ بذلك على الصحيح إلا أن يعلم أنه ملكه (ومنها) لو دخل دار إنسان بغير إذنه أو جالس على بساطه بغير إذنه والمالك جالس في الدار أو على البساط ففي الخلاف الكبير لا ضمان وعلى باتفاق الحيلولة ورفع اليد. وكذلك قال فيمن ركب دابة غيره إن حال بينه وبينها ورفع يده عنها ضمن وهذا يرجع إلى اشتراط الحيلولة والقهر للضمان وفي التلخيص لو دخل دار المالك وهو فيها قاصداً للغصب فهو غاصب للنصف لاجتماع يدهما واستيلائهما بشرط قوة الدخول وتمكنه من القهر وإن كان المالك غائباً فالدخول غصب بكل حال للحصول الاستيلاء به وذكر بعض أصحابنا في خلافه أن الجالس على بساط غيره بغير إذنه يكون ضامناً لما جالس عليه منه والدخول إن دخل بنية الغصب صار غاصباً (ومنها) لو أردف المالك خلفه على الدابة فلفت فهل يضمن الرديف نصف القيمة لكونه مستعيراً أم لا ثبتت يد المالك عليها ذكر في التلخيص احتمالين وصحح للشافعي تنبيهه — لو كانت العين ملكاً لآخرين فرفع الغاصب يد أحدهما ووضع يده موضع يده وأقر الآخر على حاله فهل يكون غاصباً لنصيب رفع يده خاصة أم هو غاصب لنصف العين من الشريكين مشاعاً

قال القاضي وابن عقيل هو غاصب لنصف من رفع يده فقط ورجحه الشيخ تقي الدين مستدلاً بأن الأعمال بالنيات، فلي هذا لو استعمل الغاصب والشريك الملك وانتفعا به لم يلزم هذا الشريك لشريكه المخرج شيء فلو باع العيين صح في نصيب الشريك البائع كله وبطل في النصف الذي باعه الغاصب والمنصوص عن أحد يذل على خلاف لا نص في رواية حرب على أن من غصب من قوم ضيعة ثم رد إلى أحدهم نصيبه مشاعاً لم يطلب للردود عليه الافراد بما رد عليه وهو يشبه أصله المنصوص عنه في منع اجارة المشاع من غير الشريك لتعذر تسليمه بانفراده فعلى هذا ليس للشريك الذي لم يرفع يده التصرف الا في الربع خاصة والربع الآخر حق لشريكه المنصوب منه ولم يجتمع ههنا يد الغاصب مع يد المالك في شيء

(القاعدة الثالثة والتسعون)

من قبض منصوباً من غاصبه ولم يعلم أنه منسوب فالمشهور عن الأصحاب أنه بمنزلة الغاصب في جواز تضمينه ما كان الغاصب يضمه من عين ومنفعة ثم ان كان القابض قد دخل على ضمان عين أو منفعة استقر ضمانها عليه ولم يرجع على الغاصب وان ضمنه المالك ما لم يدخل على ضمانه ولم يكن حصل له بما ضمنه تقع رجوع به على الغاصب وان كان حصل له به نفع فهل يستقر ضمانه عليه أم يرجع على الغاصب على روايتين هذا ما ذكره القاضي والاكثرون وفي بعضه خلاف تشير اليه في موضعه إن شاء الله تعالى، وهذه الايدي القابضة من الغاصب مع عدم العلم بالحال عشرة (الأولى) الغاصبة يتعلق بها الضمان كأصلها ويستقر عليها مع التالف تحتها ولا يطالب بما زاد على مدتها (الثانية) الأخذ لمصلحة الدافع كالاستبداد والوكالة بنير جعل فالمشهور أن للمالك تضمينها ثم يرجع بما ضمن على الغاصب لتفريده وفيه وجه آخر باستقرار الضمان عليها لتلف المال تحتها من غير إذن صريح به القاضي في المجرى في باب المضاربة وسأق أسأله ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يجوز تضمينها بحال من الوجه المحكى كذلك في المرتين ونحوه وأولى وخرجه الشيخ تقي الدين من مودع المودع حيث لا يجوز له الا يداع فان الضمان على الاول وحده كذلك قال القاضي في المجرى وابن عقيل في الفصول وذكر أنه ظاهر كلام أحد من الاصحاب من منع ظهوره وعلى تقدير أنه كذلك فرقوا بين مودع المودع والغاصب فان الموجب للضمان في الاول القبض وهو سبب واحد فلا يجب به الضمان من جهتين بخلاف مودع الغاصب فان قبضه صالح لتضمينه حيث كان الضمان مستقراً على الغاصب قبله وبان الضمان يترتب على القبض فهو متأخر عنه والقبض

من يد أمينة ولا عدوان فيه لعدم العلم فاخص الضمان بالمتعدى بخلاف مودع الفاسب لقبضه من يد ضامنه قبل القبض واعلم أن ماذكره الأصحاب في الوكالة والرهن أن الوكيل والأمين في الرهن إذا باعوا وقبضوا الثمن ثم بان المبيع مستحقا لم يلزمها شيء لا تناقض هذه المسئلة كما يتوهمه من قصر فهمه لأن مراد الأصحاب بقولهم لم يلزم الوكيل شيء أنه لا يطالبه المشتري بالثمن الذي أقبضه إياه لأن حقوق العقد يتعلق بالموكل دون الوكيل . أما أن الوكيل لا يطالبه المستحق للعين بالضمان فهذا لم يترضوا له هنا البتة . وهو بمنزل من مستلهم بالكلية (الثالثة) القابضة لمصلحتها ومصلحة الدافع كالشريك والمضارب والوكيل بحمل والمرتهن ، فالمشهور جواز تضمينها أيضاً وترجع بماضنت لدخولها على الأمانة وذكر القاضي في المجرى وابن عقيل وصاحب المغنى في الرهن احتمالين آخرين أحدهما : أنه يستقر الضمان على القابض لتلف مال الغير تحت يده القلم يؤذن له في القبض فهي كالسائلة بالحال وحسوا هذا الوجه في المضارب أيضاً والثاني لا يجوز تضمينها بحال لدخولها على الأمانة وينبئ أن يكون هو المذهب وأنه لا يجوز تضمين القابض مالم يدخل على ضمانه في جميع هذه الأنعام فإن المنصوص عن أحد فيمن اشترى أرضاً ففارس فيها ثم ظهرت مستحقة أنه لا يملك المستحق قلعه إلا مع ضمان نقضه كالفراس المحترم الصادر عن ائمة المالكة لجعل المرفور كالمأذون له فلا يضمن ابتداء مالم يلزم ضمانه . وكذلك نقل حرب وغيره عن أحمد في المرفور في النكاح أن فداء ولده على من غيره ولم يجعل على الزوج مطالبة . وقريب من ذلك ما نقل عنه هنا فيمن بعث رجلاً إلى رجل له عنده مال فقال له خذ منه ديناراً فاخذ منه أكثر أن الضمان على المرسل لتفريده ويرجع هو على الرسول وحكى القاضي وغيره في المضاربة وجهاً آخر أن الضمان في هذه الأمانات يستقر على من ضمن منهما فإيهما ضمن لم يرجع على الآخر (الرابعة) القابضة لمصلحتها خاصة أما باستيفاء العين كالقرض أو باستيفاء المنفعة كالعارية فهي داخلة في الضمان في العين دون المنفعة فإذا ضمنت العين والمنفعة رجعت على الفاسب بضمان المنفعة لأن ضمانها كان بتفريده وفي المذهب رواية ثانية لا يرجع بضمان المنفعة إذا تلفت بالاستيفاء ويستقر الضمان عليها في مقابلة الانتفاع لاستيفائها بدله كيلا يجمع لها العوض والمعوض وأصل الروايتين الروايتان في رجوع المرفور بالمهر على من غره وإن ضمن الفاسب المنفعة ابتداء فبهي طريقان أحدهما البناء على الروايتين فإن قلنا لا يرجع القابض عليه إذا ضمن ابتداء رجع الفاسب هنا عليه وإلا فلا وهي طريقة أبي الخطاب ومن اتبعه والقاضي وابن عقيل في موضع والثاني أنه لا يرجع الفاسب على القابض قولاً واحداً قاله القاضي

وابن عقيل في موضع آخر. وأما العين فلا يرجع ضمانها حيث دخلت على ضمانها وعلى الاحتمال الاول في القسم الذي قبله يستقر هنا عليها ضمان العين والمنفعة سواء تلفت المنفعة باستيفاء أو بتفويت وعلى الاحتمال الآخر وهو أنه لا يجوز تضمينها بالكلية فلا تطالب هذه بضمان مالم يلتزم ضمانه ابتداءً ويستقر عليها ضمان ما دخلت على ضمانه مادخلت على ضمانه ويتخرج لنا وجه آخر أنه لا يستقر عليها ضمان شيء. وسنذكر أصله في القسم الذي بعده (الخامسة) القابضة بملكها بموضع مسمى عن العين بالبيع فهي داخلة على ضمان العين دون المنفعة فإذا ضمنت قيمة العين والمنفعة لم يرجع بما ضمنت من قيمة العين كدخولها على ضمانها ولكن يسترد الثمن من الغاصب لأنه لم يملكه لا تنفاه صحة العقود سواء كانت القيمة التي ضمنت المالك وفق الثمن أو دونها أو فرقها على ما اقتضاه كلام الاصحاب هنا وفي البيع الفاسد وفي ضمان المغرور المهر. وفي التلخيص احتمال أن كانت القيمة أزيد رجعت بالزيادة على الغاصب حيث لم يدخل على الضمان بأكثر من الثمن المسمى وبه جزم ابن المني في خلافه وقد سبق في قاعدة ضمان العقود الفاسدة بالمسمى أو بموضع المثل ما يشبه هذا ولو طالب المالك الغاصب بالثمن كله إذا كان أزيد من القيمة بقياس المذهب أن له ذلك كما نص عليه أحد في المتجر بالوديعة بغير إذن أن الربح للمالك ثم من الاصحاب من بينه على القول بوقف العقود على الاجازة وهي طريقة القاضي في خلافه وابن عقيل، ومنهم من يطلق ذلك وكذا في المضارب إذا غالف وعنه رواية أخرى تصدق بالربح لأنه ربح مالم يضمن وهل للمضارب أجرة المثل على روايتين وطردهما أبو الفتح الحلواني في الكفاية في الغاصب وحكى صاحب المغنى في باب الرهن رواية أخرى باستقرار الضمان على الغاصب في البيع فلا يرجع على المشتري بشيء مما صنعه وحكاه في الكافي في باب المضاربة وجها وصرح القاضي بمثل ذلك في خلافه في مسألة رجوع المغرور بالمهر. وهو عندى قياس المذهب حيث قلنا في إحدى الروايتين برجوع المغرور بنكاح الامة على من غره مع استيفائه منفعة البضع واستهلاكها ودخوله على ضمانها، ولهذا طرد محققوا الاصحاب هذا الخلاف فيما إذا زوجها الغاصب ووطئها الزوج هل يرجع بالمهر على الغاصب سواء ضمنه المالك المهر أو لم يضمنه وأيضاً فإن المخصوص عن أحمد أن البائع إذا دلس العيب ثم تلف عند المشتري فله الرجوع بالثمن وكذلك لو نقص أو تعيب وهو موجود فانه يرد به بغير شيء. وبأخذ الثمن الا ان يكون حصل له انتفاع بما نقصه فانه يرد عوضه على أحد الوجهين الحاقاً له بلين المضرة مع أنه قد دخل على ضمان العين بالمسمى ولكن سقط عنه كتدليس البائع العيب وهو لا يمنع صحة العقد على الصحيح من المذهب فلانه لا يستقر الضمان على المشتري من الغاصب مع تدليس

الغاصب عليه وعدم صحة العقد أولى وأما المنافع اذا ضمنها المالك للمشتري بناء على أن المنافع المضمومة مضمونة وهو المذهب فيرجع بذلك على الغاصب لدخوله على استيفائها في ملكه بغير عوض وسواء انتفع بها أو تلفت تحت يده وعن أحد رواية أخرى لا يرجع بما انتفع به لاستيفائه عوضه كما تقدم وهي اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وحكم الثمرة والولد الحادث من المبيع حكم المنافع اذا ضمنها رجع يدها على الغاصب وكذلك الكسب صرح به القاضي في خلافه الا ان يكون انتفع بشيء من ذلك فيخرج على الروايتين وقد أشار أحمد الى هذا في رواية ابن منصور فيمن باع ماشية أو شاة فولدت أو نخلها ثمرة فوجد بها عيباً أو استحق أخذته قيمة الثمرة وقيمة الولد ابن كان أحدث فيهم شيئاً أو بأن باع أو استهلك فإن كان مات أو ذهب به الريح فليس عليه شيء فالرجوع عليه ضمان ما انتفع به من الثمرة والتنازع دون ما ألتف في يده بغير فعله ولم يذ كر رجوعاً على الغاصب وظاهر كلامه ان ما تلف في يده من الثمار فليس للمالك تضمينه ابتداءً لأنه لم يدخل على ضمانه ولم ينتفع به وهذا يقوى التخرج المذكور في القسم الذي قبله وكذلك ظاهر كلام ابن أبي موسى لا يضمن المشتري الا ما يستقر عليه ضمانه سواء دخل على ضمانه أو لم يدخل عليه لكن انتفع به كالخدمة ومهر المشتراة وأما قيمة الأولاد فلا يرجع بها عنده لان نفعها لغيره لا له وأوجب على الغاصب قيمة فرس المشتري غير مقلوع اذا قلعه المالك ومراده ما نقص بقلعه وإنما أجاز للمالك قلع الفراس من غير ضمان نفعه لأن ذلك ليس من باب تضمين الغاصب بل هو من باب امتناع المالك من الضمان له فان تفرغ الارض من الفراس الذي لم يأذن فيه لا بد من تمكنه منه ولا ضمان عليه فيه حيث لم يأذن فيه وإنما الضمان على الفارس لعدمه كما أن تضمين القابض مالم يلتزم ضمانه يتمتع حيث أمكن تضمين الغاصب لالتزامه للضمان وتمديه فظهر بهذا أن الذي يدل عليه كلام أحد أن القابض لا يضمن الا ما حصل له به نفع فيضمنه وهل يرجع به على روايتين كرجوع المغرور في باب النكاح بالمرء.

تنبيه - لو أقر المشتري للبائع بالملك فلا رجوع له عليه ولو أقر بصحة البيع ففي الرجوع احتمالان ذكرهما القاضي، وقد يخرج كذلك في الإقرار بالملك حيث علم ان مستنده اليد وقد بان عدوانها (اليه السادنة) القابضة عوضاً مستحقاً بغير عقد البيع كالهدايا وعوض الخلع والعقود والصلح عن دم عمد اذا كان معيناً منه أو كان القبض وفاءً كدين مستقر في الأمانة من ثمن مبيع أو غيره (١) أو صدق أو قيمة متلف ونحوه فإذا تلفت هذه الاعيان في يد من قبضها ثم استحققت فلمستحق الرجوع

على القاض يبدل العين والمنفعة على ما تقر، ويخرج وجها آخر أن لامطالبة له عليه وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى في الصداق والباقي مثله على القول بالتضمن فيرجع على الغاصب بما غرم من قيمة المنافع لتغيره إلا بما انتفع به فانه يخرج على الرويتين . وأما قيم الإعيان فمقتضى ما ذكره القاض ومن اتبعه انه لا يرجع بها لأنه دخل على انها مضمومة عليه بحقه وسواء كانت القيمة المضمومة وفق حقه او دونه او أزيد منه الا على الوجه المذكور في البيع بالرجوع بفضل القيمة ثم ان كان القبض وقاه عن دين ثابت في الذمة فهو باق بحاله وان كان عوضا متمينا في المقدر لم ينسخ العقد ههنا باستحقاقه فيه ولو قلنا ان النكاح على المنصوب لا يصح لان القول باتقاء الصحة مختص بحالة العلم كذلك ذكره ابن أبي موسى ويرجع على الزوج بقيمة المستحق في المنصوص وهو قول القاض في خلافه ، وقال في المجرد ويجب مهر المثل وأما عوض الخلع والعتق والصلح عن دم العمد ففيها وجهان . أحدهما يجب الرجوع فيها بقيمة العوض المستحق وهو المنصوص لان هذه العقود لا تنسخ باستحقاق اعراضها فيجب قيمة العوض وهو قول القاض في أكثر كتبه وجزم به صاحب المحرر . والثاني يجب قيمة المستحق في الخلع والصلح عن الدم بخلاف العتق فان الواجب فيه قيمة البدل لأن البدل له قيمة في نفسه فيرجع بقيمته بخلاف البضع والدم فان القيمة لعوضهما لاهما وهو قول القاض في البيوع من خلافه ويشبه قول أصحابنا فيما اذا جعل عتق امته صداقا وقلنا لا ينعقد به النكاح فابت ان تزوجه على ذلك فان عليها قيمة نفسها لقيمة مهر دملها وعلى الوجه المخرج في البيع ان المفروور يرجع بقيمة العين على الغاصب ههنا كذلك . (اليد السابعة) القابضة بمعاوضة عن المنفعة وهي يد المستأجر فقال القاض والأكثرون اذا ضمنت المنفعة لم يرجع بها ولو زادت اجرة المثل على الاجرة المسماة ففيه ما مر من زيادة قيمة العين على الثمن واذا ضمنت قيمة العين رجعت بها على الغاصب لتغيره وفي تعليقه ابى البركات على الهداية ويتخرج لاصحابنا . وجهان أحدهما أن المستأجر لا ضمان عليه بحال لقول الجمهور يضمن العين وهل القرار عليه لنا وجهان أحدهما عليه والثاني على الغاصب وهو الذي ذكره القاض في خلافه انتهى والوجه الاول منزل على القول بان المفروور لا يضمن شيئا ابتداء ولا استقرارا والوجه الآخر في قرار ضمان العين عليه ينزل على الوجه المذكور في استقرار الضمان على المرتين ونحوه بتلف العين تحت يده: (اليد الثامنة) القابضة للشركة وهي المتصرف في المال بما ينمي بمجوز من الثماء كالشريك والمضارب والمزارع والمساق ولهم جرة على الغاصب لعملم له بعوض لم يسلم ، فاما المضارب والمزارع بالعين المنصوبة وشريك العنان فقد دخلوا على ان لا ضمان عليهم بحال فاذا ضمنوا على المشهور رجعوا

بما ضمنوا إلا حصتهم من الربح فلا يرجعون بضمانها لدخولهم على ضمانها عليهم بالعمل لذلك ذكره القاضى وابن عقيل فى المساق والمزارع نظيره ، أما المضارب والشريك فلا ينبغي أن يستقر عليهم ضمان شئ بدون القسمة سواء قلنا ملكوا الربح بالظهور أولا لأن حصتهم وقاية لرأس المال وليس لهم الإفراد بالقسمة فلم يحدد لهم شئ مضمون . وحكى الأصحاب فى المضارب بغير إذن وجها آخر أن لا يرجع بما ضمنه بناء على الوجه المذكور باستقرار الضمان على من تلف المال بيده ويتخرج وجه آخر أن لا يملك المالك تضمينهم بحال لدخولهم على الامانة ، وقد ذكرنا فيما تقدم حكم ضمان الشريك والمضارب للعالم وإنما اعدناه هنا لذكر النماء ، وأما المساقى إذا ظهر الشجر مستحقا بعد تكملة العمل فللعامل أجرة المثل لعمله على الناصب وأما الثمر إذا تلف فله حالتان أحدهما أن تلف بعد القسمة فللمالك تضمين كل من الناصب والعامل ما قبضه ولأن يضمن الكل للناصر فإذا ضمنه الكل رجع على العامل بما قبضه لنفسه لأنه أخذ العوض فهو كالمشتري من الناصب ، وفى المنع احتمال لا يرجع عليه لتفريره فأشبهه من قال بغيره كل هذا فانه طامى ثم بان مستحقا وهو قريب من الوجه السابق باستقرار ضمان المبيع على الناصب بكل حال وهل للمالك أن يضمن العامل جميع الثمرة ذكر القاضى فيه احتمالين أحدهما نعم لأن يده تثبت على الكل مشاهدة بغير حق ثم يرجع العامل على الناصب بما قبضه من الثمر على المشهور وبالكل على الاحتمال المذكور والثانى لأنه لم يكن قابضا على الحقيقة وإنما كان مراعىا حافظا ويشهد لهذا ما قاله ابن حامد فيما إذا اختلف المساق والمالك فى قدر الشروط للعامل من الثمر وأقاما يثبتان أنه تقدم بينة العامل لأنه خارج والمالك هو الداخل لاتصال الثمر بملكه ولو اشترى ثمرة شجر شراء فاسدا وخلى البائع بينه وبينه على شجرة لم يضمنه بذلك لعدم ثبوت يده عليه وذكر بعض اصحابنا أنه محل وفاق . الحالة الثانية أن تلف الثمر قبل القسمة أما على الشجر أو بعد جده ففى التلخيص فى مطالبة العامل بالجميع احتمالا وكذا لو تلف بعض الشجر وهو ملتفت الى ان يد العامل هل تثبت على الشجر والثمر الذى عليه أم لا والظاهر أن لا لأن الضمان عندنا لا يتنقل فى الثمر المعلق على شجرة بالتخلية الا أن يقال يده هاهنا على الثمر حصلت تبعاً لثبوت يده على الشجر فيقال فى ثبوت يده على الشجر [هاهنا] تردد ذكرناه آنفا حتى لو تلف بعض الشجر ففى تضمينه للعامل الاحتمالان صرح به فى التلخيص ايضا ولو اشترى شجرة بثمرها فهل يدخل الثمر فى ضمانها تبعاً لشجره قال ابن عقيل فى فتواه لا يدخل والمذهب دخوله تبعاً لا لقطعان على البائع عنه من السقى وغيره وبكل حال فيتوجه ان يضمن العامل الثمر التالف بعد جده واستحقاقه بخلاف ما على

الشجر (البد التاسعة) القاضية بملك لا يعرض اما للعين بمنافها بالهبة والوقف والصدقة والوصية او للمنفعة كالوصى له بالمنافع فالمشهور أنها ترجع بما ضمنت به بكل حال لأنها دخلت على أنها غير ضامنة لشيء فهي مفروضة الا ما حصل لها به تنفع ففى رجوعها بهمانه الروايتان ويتخرج وجه آخر انها لا تضمن ابتداء ما لم يستقر ضمانها عليه وذكر القاضى وابن عقيل رواية انها لا ترجع بما ضمنت به حال وهو منزل على القول باستقرار الضمان على من تلفت يده وان كان امينا كما سبق ثم اختلف الاصحاب فى محل الروايتين فى الرجوع بما انتفعت به على طرق ثلاثة احدها ان محلها اذا لم يقل الغاصب هذا ملكى او ما يدل عليه فان قال ذلك فالمدار عليه بغير خلاف لاعتباره باستقرار الضمان عليه ونفيه عن القابض وهى طريقة المغنى والثانية ان ضمن المالك القابض ابتداء ففى رجوعه على الغاصب الروايتان مطلقا وان ضمن الغاصب ابتداء فان كان القابض قد أقر له بالملكية لم يرجع على القابض رواية واحدة ولو قلنا ان ما ينتفع به يستقر ضمانه عليه لانه باقراره بالملك معترف بان المستحق ظالم له بالتخريم فلا يرجع بظلمه على غير ظالمه وهى طريقة القاضى. والثالث الخلاف فى الكل من غير تفصيل وهى طريقة أبى الخطاب وغيره (البد العاشرة) المتلفة للبال نيابة عن الغاصب كالذبح للحيوان والطايخ له فلا قرار عليها بحال وانما القرار على الغاصب لوقوع الفعل له فهو كالمباشر كذا قاله القاضى وابن عقيل والاصحاب ويتخرج وجه آخر باقرارها عليها فيما تلفته كالمودع اذا تلفت تحت يده وأولى لمباشرتها للانلاف ويتخرج وجه آخر لا ضمان عليها بحال من نص أحد فيمن حفر لرجل فى غير ملكه بثرا فوقع فيها انسان فقال الحافر ظننت أنها فى ملكه فلا شيء عليه وبذلك جزم القاضى وابن عقيل فى كتاب الجنائيات مع اشتراك الحافر والأمر فى التسبب وانفراد الحافر بمباشرة السبب وإنما سقط عنه الضمان لعدم علمه بالحال وهنا أولى لا اشتراكها فى ثبوت اليد ولو ألفتها على وجه عزم شرعا عالمة بتحريره كالثالثة للبعد المنصوب والمحركة للبال باذن الغاصب ففى التلخيص يستقر عليها الضمان لأنها عالمة بتحريره ففى كالعالمه بانه مال الغير ورجح الحارثى دخولها فى قسم المغرور لأنها غير عالمة بالضمان فتعير الغاصب لها حاصل والله أعلم

(القاعدة الرابعة والتسعون)

قبض مال الغير من يد قابضة بحق بغير إذن مالكه ان كان يجوز له اقباضه فهو أمانة عند الثاني ان كان الاول أمينا والافلاء وان لم يك اقباضه جائزا فالضمان عليها ، ويتخرج وجه آخر ألا يتضمن

غير الأول ويتدرج تحت ذلك صور :

(منها) مودع المودع فان كان حيث يجوز الايداع فلا ضمان على واحد منهما ، وان كان حيث لا يجوز فالضمان على الأول وفي الثاني وجهان سبق ذكرهما (ومنها) المستأجر من المستأجر فان كان حيث يجوز الاجار بان كان لمن يقوم مقامه في الانتفاع فلا ضمان والا فلا يثبت (١) الضمان عليها وقراره في العين على الأول ويتخرج وجه آخر أنه لا ضمان على الثاني بحال من المودع (ومنها) مضارب المضارب حيث يجوز له فهو أمين وهل الثاني مضارب للمالك والأول وكيل في العقد لاشئ له من الربح أو هو مضارب للأول فالربح بينهما وعلى وجهين جزم به القاضي في المجرى بالأول ثم اختار الثاني فيما اذا دفعه مضاربة وقتنا لا يجوز له ذلك وحيث منع من دفعه مضاربة فللمالك تضمين أيهما شاء ويرجع الثاني على الأول ان لم يعلم بالحال لدخوله على الأمانة . وفيه وجه آخر لا يرجع لحصول التلف تحت يده وقد سبق أصله ويتخرج ان لا يضمن الثاني بحال وان علم بالحال فهل هو كالمضارب لا أجر له أو كالمضارب المتمدى له أجره المثل يحتمل وجهين قاله صاحب التلخيص وحكماها صاحب الكافي روايتين من غير تقييد بحالة العلم (ومنها) وكيل الوكيل حيث لا يجوز له التوكيل فهو كالمضارب في الضمان (ومنها) المستعير من المستعير فان قلنا بجواز فكل منهما ضامن للعين دون المنفعة لدخوله على ذلك على بصيرة فاذا تلفت عند الثاني ضمنه المالك كما لو كان هو المدير له ولم يرجع على الأول لاتفاء التغيرير وان قلنا بالمنع وهو المشهور فللمالك مطالبة كل منهما بضمان العين والمنفعة والمدار على الثاني لحصول التلف في يده ان كان عالما بالحال ومع عدم العلم يستقر عليه ضمان العين دون المنفعة فانه يستقر ضمانها على الأول لتغيريره ، كذا قال الاصحاب . ويتخرج وجه آخر انه لا يضمن الثاني اذا لم يعلم بالحال (ومنها) المستعير من المستأجر قال في التلخيص هو أمين على الصحيح لقبضه من يد أمين فلا يكون ضامنا (ومنها) المشتري من الوكيل المخالف مخالفة يفسد بها البيع اذا تاف المبيع في يده فلو وكل تضمين القيمة من شاء منها من الوكيل والمشتري على المشهور ، ثم ان ضمن الوكيل رجوع على المشتري لتلفه في يده

(القاعدة الخامسة والتسعون)

من أتلف مال غيره وهو يظن أنه له أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه ثم يتبين خطأ ظنه فان كان مستندا الى سبب ظاهر من غيره ثم تبين خطأ المتسبب أو أقر تعمله للجناية ضمن المتسبب (١) كذا في نسختنا وفي ٧١٢ ولكن الذي ٧١١ والاثبت الضمان .

وان كان مستندا الى اجتراء مجرد كمن دفع مالا تحت يده الى من يظن أنه مالكة أو أنه يجب الدفع اليه أو أنه يجوز ذلك أو دفع ماله الذي يجب عليه اخراجه لحق الله الى من يظنه مستحقا ثم تبين الخطأ فقي ضمانه قولان وان تبين أن المستند لا يجوز الاعتدال عليه ولم يتبين أن الأمر بخلافه فان تعلق به حكم فنقص الضمان على المثلث والا فلا ضمان ويندرج تحت هذه الجملة مسائل:

(منسبا) أن يشهد شاهدان بموت زيد فيقسم ماله بين ورثته ثم يتبين بطلان الشهادة بقدمه حيا فنقص [أحمد] في رواية الميموني أنهما يضمنان المال ولم يتعرض للورثة وظاهر كلامه استقرار الضمان على المشهور أو اختصاصهم به وهو في الجملة موافق لقوله المشهور عنه في تقرير الضمان على الغار كما سبق وقال القاضي يحتمل أن يكون أغرم الورثة ورجعوا بذلك على الشهود لتفريغهم ولا ضمان هنا على الحاكم لأنه ملجأ الى الحكم من جهة الشهود ونقل أبو النضر السجلى عن أحمد في حاكم رجم رجلا بشهادة أربعة بالزنا ثم تبين أنه محبوب أن الضمان على الحاكم ولعل تضمينه هنا لتفريغه اذ المحبوب لا يضمن أمره غالبا تركه الفحص عن حاله تفریط (ومنها) لو حكم الحاكم بمال ثم رجع الشهود وصرحوا بالخطأ أو التعمد بشهادة الزور فان الضمان يتخص بهم لاعتراضهم ولا ينقض حكم الحاكم بمجرد ذلك ولا يرجع على المحكوم له بشئ كما لو باع عينا أو وهبها أو أقر بها لرجل ثم أقر بها بعد ذلك لآخر فانه لا يقبل اقراره على الاول ويضمن الثاني (ومنها) أن يحكم الحاكم بمال ويستوفى ثم يتبين أن الشهود فساق أو كفار فان حكمه في الباطن غير نافذ بالاتفاق نقله أبو الخطاب في اتصاره . وأما في الظاهر فهو نافذ وهل يجب نقضه ؟ المذهب وجوبه وهو قول الحرقي والقاضي كتبين اتفاه شرط الحكم فلم يصادف محلا ثم يجب ضمان المال على المحكوم له لا تلافيه له مباشرة قال القاضي ولو كان المحكوم له معسرا فالستحق مطالبة الامام بقرار الضمان على المحكوم له ولا شيء على المزكين بحال ولو حكم لادمي باتلاف نفس أو طرف فطريقان أحدهما هو كالمال لأن المستوفى هو المحكوم له والامام يمكن لا غير وهى طريقة الحر . والثاني يضمنه الحاكم صرح به القاضي في المجرد وهو وفق اطلاق الاكثرين لأن المحكوم له لم يقبض شيئا فنسب الفعل الى خطأ الامام كما لو كان المستوفى حقا لله تعالى عز وجل فان ضمانه على الامام وحكى القاضي وغيره رواية أخرى أنه لا ينقض الحكم اذا بان الشهود فساقا ويضمن الشهود كما لو رجعوا عن الشهادة وهذا ضعيف جدا ولا أصل لذلك في كلام أحمد وانما أخذوه من رواية الميموني في المسئلة الأولى وتلك لافسق فيها لجواز عقله الشهود وانما ضمنوا لتبين بطلان شهادتهم بالعيان فهو أعظم من الرجوع ولا يمكن بقاء الحكم بعد تبين فساد المحكوم به عيانا ولا يصح الحاق

الفسق في الضمان بالرجوع لأن الراجعين اعترفوا بطلان شهادتهم وتسيبهم الى اتزاع مال الموصوم وقولهم غير مقبول على نقض الحكم فتمين تعريمهم ، وليس هنا اعتراف يبنى عليه التعريم فلا وجه له فالصواب الجزم بأنه لا ضمان على أحد على القول بأن الحكم لا ينقض كما جزم به في المحرر (ومنها) اذا وصى الى رجل بتفريق ثلثه ففعل ثم يدين أن عليه ديناً مستغرقاً للتركة ففي ضمانه روايتان ولكن هنا لم يتصرف في ملك الغرماء بل فيما تعلق به حقهم ولكنه تعلق قوى لاسيما ان قلنا لم ينتقل الى الورثة ولهذا قال أحمد في رواية ابن منصور في التركة هي للغرماء لا للورثة ولهذا لا يملك الورثة التصرف فيها إلا بشرط الضمان، وخرج الشيخ تقي الدين على هذا الخلاف كل من تصرف بولاية في مال ثم تبين أنه مستحق (ومنها) لو وصى لشخص بشيء فلم يعرف الموصى له صرفه الوصى أو الحاكم فيما يراه من أبواب البر فإن جاء الموصى له وأثبت ذلك فهل يضمن المفرق مافرقه على روايتين : قال ابن أبي موسى أظهرهما لا ضمان عليه وقال أبو بكر في الشافى ان فعله الوصى باذن الحاكم لم يضمن وإن فعله بدون اذنه ضمن (ومنها) لو اشترى الورثة عبداً من التركة وأعتقوه تنفيذاً لوصية مورثهم بذلك ثم ظهر دين مستغرق فانهم يضمنون للغرماء ذكره القاضى وابن عقيل ويتخرج فيه وجه آخر بانتفاء الضمان من مسئلة الوصى (ومنها) لو اشترى المضارب من يمتق على رب المال بغير اذنه صح وعق عليه وهل يضمنه المامل فيه ثلاثة أوجه : أحدها يضمن بكل حال سواء كان عالماً بالحال أو جاهلاً قاله القاضى في الجرد وأبو الخطاب ، والثاني ان كان جاهلاً لم يضمن وإن كان عالماً ضمن كما لو عامل فاسقاً أو ماطلاً أو سافر سراً مخوفاً أو دفع الوصى أو أمين الحاكم مال اليتيم مضاربة الى من ظاهره العدالة فإن بخلافه فإنه لا ضمان في ذلك كله الا مع العلم وهو قول أبو بكر في التنبيه والقاضى في خلافه ، والثالث لا ضمان بكل حال حكاه أبو بكر على الضمان هل يضمنه بالثمن المشتري أو بقيمة المثل ويكون شريكاً في الربح الزائد على وجهين ذكرهما أبو بكر (ومنها) اذا دفع القصار ثوب رجل الى غيره خطأ فتصرف فيه المدفوع اليه بقطع أو لبس يظنه ثوبه فنقل حبل عن أحد في قصار أبدل الثوب فأخذ صاحب قطعته وهو لا يعلم أنه ثوبه قال على القصار اذا أبدل قيل له فان كان مالا فأفققه قال ليس هذا مثل المال على الذي أفققه لأنه مال تلف ففرق بين المال اذا أفقق وتلف وبين الثوب اذا قطع لأن العين هنا موجودة فيمكن الرجوع فيها ويضمن نقصها القصار لجنايته خطأ . وظاهر كلامه أن لاشيء على القاطع لأنه مغرور ولم يدخل على [الضمان] . اما ان دفع البهرايم غيره يظنه صاحبها فأفققها فالضمان على المنفق وإن كان مغروراً لتلف المال تحت يده بانتفاعه به وذلك مقرر

للضمان مع اليد على (١) إحدى الروايتين ، ونقل محمد بن الحكم عن أحمد في هذه المسئلة أنه ذكره قول مالك لا يغرر الذي لبسه ويغرر الغسال لصاحب الثوب فقال لا يعجنى ما قال ولكن إذا هو لم يعلم قلبه فإن عليه ما نقص ليس على القصار شيء فوجب هنا الضمان على اللابس لاستيفائه المنفعة دون الدافع بأنه لم يعتمد الجناية فكان إحالة الضمان على المستوفى للنفع أولا وهذه الرواية توافق ما قبلها في تقرير الضمان على المنتفع لاسيما والدافع هنا معذور وإنما ضمن القصار القطع لأنه تلف لم يحدث من انتفاع القابض ، فكان ضمانه على الدافع لنسبته إليه ، فالروايتان إذا متفقتان ومن الأصحاب من جعلهما مختلفتين في أن الضمان هل هو على القصار أو المدفوع إليه ، ثم منهم من حمل رواية ضمان القصار على أنه كان أجيرا مشتركا فيضمن جناية يده ورواية عدم ضمانه على أنه كان أجيرا خاصا فلا يضمن جنايته مالم يتعمدها وأشار القاضي إلى ذلك في المجرى (ومنها) لو دفع الملتقط اللقطة إلى واصفها ثم أفام غيره البيت أنها له فإن كان الدفع بحكم حاكم فلا ضمان على الدافع وإن كان بدونه فوجبان : أحدهما لا ضمان لوجب الدافع عليه فلا ينسب إلى تفريطه ، والثاني عليه الضمان وهو قول القاضي ، ثم يرجع به على الواصف إلا أن يكون قد أقر له بالملك ، أما لو دفع الوديعة إلى من يظنه صاحبها ثم تبين الخطأ فقال الأصحاب يضمن لتفريطه . ويتخرج فيه وجه آخر أن الضمان على المتلف وحده ، وهو ظاهر ما نقله حنبل عن أحمد في مسألة القصار ولو قتل من يظنه قاتل أبيه لاشتباها به في الصورة قتل به لتفريطه في اجتباؤه ذكره ابن عقيل في مفرداته . ويتخرج فيه وجه آخر أن لا قود وأنه يضمن بالدية كما لو قطع يسار قاطع يمينه ظانا أنها اليمين فإنه لا قود وسواء كان الجاني عاقلا أو مجنونا وفي وجوب الدية وجبان (ومنها) لو مضى على المفقود من تجوز فيه قسمة ماله فقسم ثم قدم فذكر القاضي أن أبا بكر حكى في ضمان ما تلف في أيدي الورثة منه روايتين ، والمنصوص عن أحد في رواية الميموني وابن منصور وأبي داود عدم الضمان وهو الذي ذكره أبو بكر في التنيه ووجهه أنه جازا قسما المال في الظاهر والتصرف فيه ، ولهذا يباح لزوجه أن تتزوج وإذا قدم خير بينها وبين المهر فجعل التصرف فيها يملكه من مال وبضع موقوفا على تنفيذه واجازته مادام موجودا فإذا تلف فقد مضى الحكم فيه ونفذ فإن اجازته ورده إنما يتعلق بالموجود لا بالمفقود ، وقد نص أحمد في رواية أبي طالب على أنه إذا قدم بعد أن تزوجت زوجته وماتت فلا خيار له ولا يرثها ، ويشبه ذلك اللقطة إذا قدم المالك بعد الحول والتملك وقد تلفت فالمشهور أنه يجب ضمانها للمالك وذكر ابن أبي موسى رواية أخرى أنه لا يجب الضمان مع التلف وإنما يجب

الرد مع بقاء العين (ومنها) لو قبضت المطلقة البائن النفقة يظن أنها حامل ثم بانت حاملا ففى الرجوع عليها روايتان (ومنها) لو غلب الزوج فأنفقت الزوجة من ماله ثم تبين موته فهل يرجع عليها بما أنفقت بعد الموت على روايتين (ومنها) لو دفع زكاته أو كفارته الى من يظنه فقيرا فبان أنه غنى ففى وجوب الضمان عليه روايتان أصحهما أن لا ضمان وكذلك لو كان العامل هو الدافع قاله القاضى فى الاحكام السلطانية ، وقال فى المجرى لا يضمن الامام بغير خلاف لأنه أمين ولم يفرط لأن هذا لا يمكن الاحتراز منه، وإن بان عبداً أو كافراً أو هاشمياً قبيل هو على الخلاف وبه جزم ابن عقيل فى فتوئه، وكذلك ذكر القاضى فى آخر الجامع الصغير إلا أنه خرج الخلاف فى الضمان هنا على القول بعدمه فى المعنى وقيل لا يجرئه رواية واحدة لظهور التفريط فى الاجتهاد فإن هذه الأوصاف لا تقتضى بخلاف النفى وإن بان أنه بسبب نفسه فطريقان أحدهما لا يجرئه قولاً واحداً كما لو بان انه عند نفسه والثانى هو لو بان غنياً والمنصوص هنا الاجزاء لأن المانع خشية المحاباة وهو متنفذ مع عدم العلم . قال الشيخ تقي الدين وعلى قياس ذلك مال الفى* والحس والاموال الموصى بها والموقوفة اذا ظن المتصرف فيها أن الاخذ مستحق (١) فاحطاً

(القاعدة السادسة والتسعون)

من وجب عليه أداء عين مال فاداه عنه غيره بغير اذنه هل تقع (٢) موقعه ويلتفى الضمان عن المؤدى هذا على قسمين : أحدهما ان تكون العين ملكاً لمن وجب عليه الأداء وقد تعلق به الحق للغير فإن كان المتصرف له ولاية التصرف وقع الموقع ولا ضمان ولو كان الواجب ديناً وإن لم يكن له ولاية فإن كانت العين متميزة بنفسها فلا ضمان ويجزى* وإن لم تكن متميزة من بقية ماله ضمن ولم يجزى إلا ان يميز المالك المتصرف فنقول بوقف عقود الفضولى على الاجازة وبتفرع على هذا مسائل :

(منها) لو امتنع من وفادته وله مال فباع الحاكم ماله وفادته صح ويرى منه ولا ضمان (ومنها) لو امتنع من أداء الزكاة فأخذها الامام منه قهراً فإنه تجزى* عنه ظاهراً وباطناً فى اصح الوجهين وهو ظاهر كلام احمد والخرق لأن للامام ولاية على الممتنع وهذا حق تدخله النيابة فوق موقعه (ومنها) لو تذر استئذاناً من وجبت عليه الزكاة لنية أو حبس فأخذ الساعى الزكاة من ماله سقطت عنه (ومنها) ولى الصبي والمجنون يخرج عنهما الزكاة ويجزى كما يؤدى عنهما ما تروى الواجبات

(١) فى نستختنا أن الاخذ مستحقاً (٢) فى ٧١١ : على نه ح

المالية من النفقات والفرامات (ومنها) اذا عين اضحية فذبحها غيره بنير اذنه أجزأت عن صاحبها ولم يضمن الذابح شيئا نص عليه لأنها متعينة للذبح ما لم يبدلها وإراقة دمها واجب فالذابح قد عجل الواجب فوق موقعه ولا فرق عند الأكثرين بين ان تكون معينة ابتداء وعن واجب في الذمة وفرق صاحب التلخيص بين ماوجب في الذمة وغيره وقال المعينة عنها في الذمة يشترط هاتية المالك غيره بنير اذنه فقال عند الذبح فلا يجزى ذبح غيره لها بنير اذنه فيضمن (ومنها) لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد فأطلقه القاضي والأكثر لا يضمن لأنه فعل الواجب عليه لما أدى عنه دينه في هذا الحال وفي المبيع للشيء اذ لا يضمن لأن ملكه لم يزل عنه وارسال الغير اتلاف يوجب الضمان فهو كقتله اللهم الا أن يكون المرسل حاكما أو ولي صبي فلا ضمان للولاية وهذا كله بناء على قولنا يجب [عليه] ارساله والحاقه بالوحش وهو المنصوص ، أما ان قلنا يجوز له نقل يده الى غيره باعارة أو ايداع كما قاله القاضي في المجرد وابن عقيل في باب العارية فالضمان واجب بنير اشكال (ومنها) لو نذر الصدقة بمال معين فتصدق به عنه غيره ففيه وجهان : أحدهما لاضمان عليه كاللاضحية وهو اختيار أبي الخطاب في انتصاره سواء قيل بروال ملكه أو امتناع الابدال كما [لو] اختاره أو بقاء (١) الملك وجواز الابدال اذ لا فرق بين الدراهم المذكورة وبين الاضحية [في ذلك] . الثاني الضمان وهو قول القاضي وابن عقيل ويشكل الفرق بينه وبين الاضحية [لا سيما والمنقول (٢) لا يتعين بالتعيين في العقود على احدى الروايتين بخلاف الحيوان وقد يقال في الفرق إن الاضحية انما يجوز ابدالها بغير منها والنقود متساوية غالبا فلا معنى لابدالها ، وقد أشار القاضي الى الفرق بان النذر يحتاج اخراجه الى نية كالزكاة وهذا ممنوع بل نقول في نذر الصدقة بالمعين ما نقول في الاضحية المعينة . وأما اذا أدى غيره زكاته الواجبة من ماله أو نذره الواجب في الذمة أو كفارته من ماله بنير اذنه حيث لا ولاية له عليه فانه يضمن في المشهور لأنه لا يسقط به فرض المالك لفوات النية المعينة منه ومن يقوم مقامه ، وخرج الأصحاب نفوذه بالاجازة من نفوذ تصرف الفضولى [بها] . وهذا الذى ذكرناه في المبادات كالزكاة والاضحية والنذر انما هو اذا نواه المخرج عن المالك فاما ان نوى عن نفسه وكان عالما بالحال فهو غاصب محض فلا يصح تصرفه لنفسه باداء الزكاة ولا بذبح الاضحية والمهدى ولا غيرها لأنه وقع من أصله تمديدا وذلك ينافي بالتقرب وخرج بعض الأصحاب وجها ذكره بعضهم رواية في الزكاة وخرجه ابن أبي موسى وجها في العتق لكن اذا التزم ضمانه في ماله وهذا شبيه بتصرف الفضولى ، وهل يجزى عن المالك في هذه الحال أم لا ، حكى

القاضي (١) في الأضحية روايتين وأصواب أن الروايتين تنزل على اختلاف حالتين لأعلى اختلاف قولين فإن نوى الذابح بالذبح عن نفسه مع علمه بأنها أضحية الغنم لم يجزى له نصبه واستيلائه على مال الغير واتلافه له عدوانا ، وإن كان يظن الذابح أنها أضحية لاشتباهها عليه أجزأت عن المالك . وقد نص أحمد على الصورتين في رواية ابن القاسم وسندى مفرقا بينها مصرحا بالتعليل المذكور وكذلك الخلال فرق بينها وعقد لهما بابين منفردين فلا يصح التسوية بعد ذلك ، ومتى قيل بعدم الاجزاء فعلى الذابح الضمان لكن هل يضمن أرش الذبح أو كمال القيمة أم على رواية تحریم ذبيحة الغنم فبالغاصب ضمان القيمة متين ، وعلى القول بالحل وهو المشهور فقد يقال إن كانت معينة عن واجب في الذمة فحكم هذا الذبح حكم عطيها وإذا عطيت فهل ترجع إلى ملكه على روايتين فإن قيل يرجع إلى ملكه فعلى الذابح أرش نقص الذبح خاصة وإن قيل لا يرجع إلى ملكه فالذبح حينئذ بمنزلة اتلافها بالكلية فيضمن الجميع ويشتري المالك بالقيمة ما يذبحه عن الواجب عليه ويصرف الكل مصرف الأضحية وإن كانت معينة ابتداء أو تطوعا فقد فوت على المالك التقرب بها وكونها أضحية أو هديا لكن على وجه لا يلزمه بدلها فيحتمل أن يتصدق بلحمها كالعاطب (٢) دون عمله ويأخذ أرش الذبح من الذابح ويتصدق به ، ويحتمل أن يضمنه قيمتها وهو أظهر لأنه فوت عليه التقرب بها على وجه لا يعود إليه منها شيء فهو كاتلافها وأما إذا فرق الأجنبي اللحم فقال الأصحاب لا يجزى لأن أحمد قال في رواية ابن منصور فيما إذا ذبح كل واحد أضحية الآخر يعتقد أنها أضحيته أنها يترادان اللحم قالوا وإن تلف فعليه ضمان قيمته وأبدي ابن عقيل في فئونه احتمالا بالأجزاء لأن التفرقة ليست واجبة على المالك بدليل مالو ذبحها فسرقت ، ويشهد له قول أحمد في رواية المروذي وغيره في رجل اشترى لقوم نسكا فاشترى لكل واحد شاة ثم لم يعرف هذه من هذه قال يتراضيان ويتحالان ولا بأس أن يأخذ كل واحد شاة بعد التحليل فدل على أن التفريق إذا وقع من غير قصد ولا تمسكه يجزى ولو لا ذلك لم تجز التضحية بهذه الأضحية المشتبهة وقد يكون عن واجب في الذمة ويحمل قوله يترادان اللحم مع بقاءه القسم الثاني أن يكون الواجب أدائه غير مملوك له فأداه الغير إلى مستحقه فإن كان مستحقه معيناً فإنه يجزى ولا ضمان وإن لم يكن معيناً ففي الاجزاء خلاف ، ويندرج تحت ذلك مسائل .

(منها) المصنوب والودائع إذا أداها أجنبي إلى المالك أجزأت ولا ضمان (ومنها) إذا

(١) في ٧١١ زيادة هي (وحكى القاضي بوقفه على الاجازة من القول بوقف تصرف الغاصب

وربما) (٢) في نسختنا : كالغاصب

اصطلاح المحرم صيدا في احرامه فأرسله غيره من يده فلا ضمان (ومنها) [إذا] (١) دفع أجنبي عينا موصى بها إلى مستحق معين لم يضمن ووقعت موقعها وكذا لو كانت الوصية بمال غير معين بل مقدر وإن كانت لغیر معين ففي الضمان وجهان ونص أحمد في رواية حنبل فيمن يديه وديعة وصى بها للمعين أن المودع يدفعها إلى الموصى له والورثة قيل له فإن دفعها إلى الموصى له يضمن قال أعاف قيل له فيعطيه القاضي قال لا ولكن يدفعه اليهم ونص في رواية منها على ضمانه بالدفع إلى الموصى وهذا محمول على أنه لم تثبت الوصية ظاهرا وصرح الأصحاب بأنه لو كان عليه دين فوصى به صاحبه لمعين كان بخيرا في دفعه إلى الورثة والموصى له لأنه صار حقا له فهو كالوارث المعين وعلى هذا يتخرج دفع مال الوقف إلى مستحقه المعين مع وجود الناظر فيه (٢).

(القاعدة السابعة والتسعون)

من يده مال أو في ذمته دين يعرف مالكة ولكنه غائب يرجى قدومه فليس له التصرف فيه بدون إذن الحاكم إلا أن يكون تافها فله الصدقة به عنه نص عليه في مواضع وإن كان قد آيس من قدومه بأن مضت مدة يجوز فيها أن تزوج أمرأته ويقسم ماله وليس له وارث فهل يجوز التصرف في ماله بدون إذن الحاكم قد يتخرج على وجهين أصلهما الروايتان في امرأة المفقود هل تزوج بدون الحاكم أم لا في رواية صالح جواز التصديق به ولم يعين حاكما وإن لم يعرف مالكة بل جهل جاز التصديق به عنه بشرط الضمان بدون إذن الحاكم قولاً واحداً على أصح الطريقتين وعلى الثانية فيه روايتان وهي طريقة القاضي في كتاب الروايتين وفي موضع من المجرد وجزم في موضع آخر منه بتوقف التصرف على إذن الحاكم والأولى أصح ويتخرج على هذه القاعدة مسائل . (منها) القطعة التي لا تملك إذا أخرنا (٣) الصدقة بها والتي يخشى فسادها إذا أراد التصديق بها فالمنصوص جواز الصدقة بها من غير حاكم وذكر أبو الخطاب رواية أخرى أنه إن كان يسيراً باعه وتصدق به وإن كان كثيراً رفعه إلى السلطان وقال (٤) نقلها منها ورواية منها عما هي فيمن باع من رجل شيئاً ثم مات المشتري قبل قبضه وخشى البائع فساداً وهذا مما له مالك معروف ويمكن الإحلال على معرفة ورثته فليست المسئلة به على ذلك الشيخ مجد الدين رحمه الله (ومنها) اللقيط إذا وجد معه مال فإنه ينفق عليه منه بدون إذن حاكم ذكره ابن حامد قال أبو الخطاب وروى عنه أبو الحارث ما يدل

(١) زيادة من المصحح (٢) ما بين المربعين في هذه القاعدة زيادة في ٧١٩

(٣) في نسختنا أجزنا (٤) وفيها وقد

على أنه لا يتفق عليه إلا باذن حاكم قال الشيخ مجد الدين وهذه الرواية إنما هي في المودع أنه لا يتفق على زوجة المستودع وأهله في غيبته إلا باذن الحاكم وليس هذا نظير مسئلتنا لأن الولاية هنا على معروف فنظيره من وجد طفلاً معروف النسب أبوه غائب (ومنها) الرهون التي لا تعرف أهلها نص أحمد على جواز الصدقة بها في رواية أبي طالب وأبي الحارث وغيرهما وتأوله القاضي في المجرد وابن عقيل على أنه تعذر اذن الحاكم لما روى عنه أبو طالب أيضاً إذا كان عنده رهن وصاحبه غائب وخاف فسادَه يأتي السلطان ليأمر ببيعِه ولا يبيعه بغير اذن السلطان وأنكر ذلك الشيخ مجد الدين وغيره وأقروا النصوص على وجوبها فإن كان المالك معروفاً لكنه غائب رفع أمره إلى السلطان وإن جهل جاز التصرف فيه بدون حاكم وإن علم صاحبه لكنه ليس منه تصديق به عنه نص عليه في رواية أبي الحارث (ومنها) الودائع التي جهل مالكيها يجوز التصرف بها بدون حاكم نص عليه وكذلك إن فقد ولم يطلع على خبره وليس له ورثة يتصدق (١) به نص عليه ولم يعتبر حاكماً قال القاضي في المجرد فيحتمل أن يحمل على اطلاعه لأنه من فعل المعروف ويحتمل أن يحمل عند تعذر اذن الحاكم لأن هذا المال مصرفه إلى بيت المال وتفرقة مال بيت المال موكولة إلى اجتهاد الإمام انتهى والصحيح الإطلاق وبيت المال ليس يوارث على المذهب المشهور وإنما يحفظ فيه المال الضائع فإذا أيس من وجود صاحبه فلا معنى للحفظ ومقصود الصرف في مصلحة المالك تحصل بالصدقة به عنه وهو أولى من الصرف إلى بيت المال لأنه ربما صرف عن فساد بيت المال إلى غير مصرفه وأيضاً فالفقراء مستحقون من مال بيت المال فإذا وصل لهم هذا المال على غير يد الإمام فقد حصل المقصود، ولهذا قلنا على أحد الوجهين إذا فرق الأجني الوصية وكانت لغير مدين كالفقراء فإنها تقع الموقع، ولا يضمن قالو كانت الوصية لمدين، وعلى هذا الأصل يخرج جواز أخذ الفقراء الصدقة من يدهن ماله حرام بقطع الطريق وأفتى القاضي بجوازها ونص أحمد في رواية صالح (٢) فيمن كانت عنده ودائع فول في دفعها ثم مات وجعل رباها وأيس من الاطلاع عليه يتصدق بها عنه الوكيل وورثة الموكل في البلد الذي كان صاحبها فيه حيث يرون أنه كان وهم ضامنون إذا ظهر له وارث واعتبار الصدقة في موضع المالك مع الجهل به، وقد نص على مثله في الغصب وفي مال الشبهة واحتج بأن عمر جعل الدية على أهل القرية (يعني إذا جهل القاتل) ووجه الحجة منه أن الذرم لما اختص بأهل المكان الذي فيه الجاني لأن الظاهر أن الجاني أو عاقلة المختصين بالفرم لا يحظو المكان [منهم] فكذلك الصدقة بالمال

(١) في نسختنا وبتهديق به والتصحيح من نسختي الدار (٢) في ٧١١ ابن صالح (٢٩ - قواعد)

المجهول مالكة ينبغي أن يختص باهل مكانه لانه أقرب الى وصول المال اليه ان كان موجودا أو الى ورثته ويراهى في ذلك الفقراء لانها صدقة كما يراعى في موضع الديه الغنى (ومنها) الغصب التي جهل ربه فيتصدق بها أيضا وقد نص على ذلك في رواية جماعة ولم يذكر أكثر الأصحاب فيه خلافا وطرد القاضى في كتاب الروايتين فيه الخلاف بناء على أنه مستحق لبيت المال وكذلك حكم المسروق ونحوه نص عليه ولو مات المالك ولا وارث له يعلم فكذلك يتصدق به نص عليه أحد أيضا تنبيهان أحدهما الديون المستحقة كالأعيان يتصدق بها عن مستحقها نص عليه ومع أنه نص على أن من قال لفرسه تصدق على بالدين الذى لى عليك لم يبرأ بالصدقة عنه ولو وكله في قبضه من نفسه حيث لم يتعين المدفوع ملكا له فان الدين لا يتعين ملكه فيه بدون قبضه أو قبض وكيله وقرق القاضى في خلافه بين أن يكون المأمور بالدفع اليه معيناً أو غير معين فان كان معيناً يرى بالدفع اليه كالموكل وخروج في المجرى المستلة على بيع الوكيل من نفسه نذرا الى أن العلة هي القبض من نفسه حيث وكله المالك في التعيين والقبض ، وقد أطلق هاهنا جواز الصدقة به ، فاما أن يكون هذا رواية ثانية بالجواز مطلقا أو محمولا على حالة تعذر وجود المالك أو وكيله وهو الأقرب ، وكذلك نص في رواية أبى طالب فيمن عليه دين لرجل قد مات وعليه ديون للناس قضى عنه دينه بالدين الذى عليه أنه يبرأ به في الباطن .

والثاني اذا أراد من يسه دين جهل ربه أن يملكها ويتصدق بقيمتها عن مالكة فقل صالح عن أبيه الجواز فيمن اشترى أجرا وعلم أن البائع باع ما لا يملك ولا يعرف له أربابا أرجو أن يخرج قيمة الأجر فيتصدق به أن ينجو من أئمه ، وقد يخرج فيه الخلاف من جواز شراء الوكيل من نفسه ويشهد له اختلاف الرواية عنه فيمن له دين وعنده رهن وانقطع خبر صاحبه وباعه هل له أن يستوفى دينه منه ويتصدق بالفاضل أم يتصدق به كله على روايتين لأن فيه استيفاء للحق بنفسه من تحت يده واختار ابن عقيل جوازه مطلقا وخرجه من بيع الوكيل من نفسه ومن مواضع أخر .

(القاعدة الثامنة والتسعون)

من ادعى شيئا ووصفه دفع اليه بالصفة اذا جهل ربه ولم يثبت عليه يد من جهة مالكة والا فلا ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) اللفظة يجب دفعها الى واصفها نص عليه وان وصفها اثنان فهى لها وقيل يقرع بينها ، وان

استقصى أحدهما الصفات واقتصر الآخر على القدر الذى يجزىء الدفع فوجهان يخرجان من الترجيح بالفاسخ (١) والتأج ذكره ابن عقيل فى مفرداته (ومنها) الاموال المنصوبة والمنهوبة والمسروقة كالموجودة مع اللصوص وقطاع الطريق ونحوهم يكتفى فيها بالصفة (ومنها) تداعى المؤجر والمستأجر دفن (٢) فى الدار فهو لوارصفه منهما نص عليه فى رواية الفضل بن زياد (ومنها) اللقيط اذا تنازع اثنان أيهما التقطه وليس فى يد أحدهما فمن وصفه منهما فهو أحق به (ومنها) لو وجد ماله فى الغنيمة قبل القسمة فانه يستحقه بالوصف ونحوه مما يدل على أنه له، هذا ظاهر كلام أحمد فى رواية حنبل وسئل أنزيد على ذلك بينة قال لا بد من بيان يدل على أنه له وان علم ذلك دفعه إليه الأمير انتهى وقد قضى سمد بن أبى وقاص رضى الله عنه فيها بالعلامة المحضة .

(القاعدة التاسعة والتسعون)

ماتدعو الحاجة الى الارتفاع به من الأعيان ولا ضرر فى بذله لتيسيره وكثرة وجوده أو المانع المحتاج إليها يجب بذله مجاناً بغير عوض فى الأظهر ويندرج تحت ذلك مسائل :

(منها) المهر لا يجوز بيعه على أصح الروايتين وثبت فى صحيح مسلم النبى عنه ومأخذ المنع ما ذكرنا (ومنها) المام الجارى والكلاء يجب بذل الفاضل منه للمحتاج الى الشرب واسقاء بهائمه وكذلك زروعه على الصحيح أيضاً وسواء قلنا يملكه من هو فى أرضه أم لا والصحيح أن مأخذ المنع من بيعه ما ذكرنا لا أنه غير مملوك بملك الأرض فان النصوص متكاثرة عن أحمد بتملكه المباحات النابتة فى الأرض ويشهد له أيضاً ما نص عليه أحمد فى رواية ابن منصور فى اللقائط لأرى لصاحب الأرض أن يمنعه (٣) الناس فيه سواء مع أنه مملوك له بلا اشكال ولا يقال زال ملكه عنه بمصيره منبوذا مرغوباً عنه لان المنع والبيع ينافى ذلك (ومنها) وضع الخشب على جدار الجار اذا لم يضر وكذلك اجراء الماء على أرضه فى إحدى الروايتين (ومنها) اعارة الخلى ظاهر كلام أحمد وجماعة من الاصحاب وجوبه وصرح به بعض المتأخرين واختار بعضهم وجوب بذل الماعون وهو ما خف قدره وسهل كالدلو والفأس والقدر والمنخل واعارة الفحل للضراب وهو اختيار الحارثى واليه ميل الشيخ تقي الدين (ومنها) المصحف تجب اعارته لمن احتاج الى القراءة فيه ولم يجد مصحفاً غيره نقله القاضى فى الجامع الكبير وذكر ابن عقيل فى كلام مفردة أن الاصحاب عللوا قولهم لا يقطع

(١) كذا فى نستختنا وفى نسختى الدار بالنسخ (٢) فى الأصل دفن والتصحيح عن ٧١١

(٣) فى ٧١١ ان يبيعه .

لسرقة المصحف فإن له فيه حق النظر لاستخراج أحكام الشرع إذا خفيت عليه وعلى صاحبه بذله كذلك قال ابن عقيل وهذا تعليل يقتضى التسوية بين سرقة و سرقة كتب السنن فإنها مضمنة من الأحكام أمثال ذلك والحاجة داعية اليها وبذلها من المحاميل اليها من القضاة والحكام وأهل الفتاوى واجب على مالكيها انتهى (ومنها) ضيافة المجتازين المذهب وجوبها وأما اطعام المضطرين فواجب لكن لا يجب بذله مجاناً بل بالعرض وأما المنافع المضطر اليها كمنفعة الظهر للنتقطين في الاسفار وإعارة ما يضطر اليه فمى وجوب بذله مجاناً وجهان واختيار الشيخ تقى الدين أن المضطر الى الطعام ان كان فقيراً وجب بذله له مجاناً لأن اطعامه فرض كفاية لا يجوز أخذ العوض عنه بخلاف النقي فان الواجب معاوضته فقط وهذا حسن وحكى الأمدى رواية أنه لا يضمن المضطر الطعام الذى أخذه من صاحبه فمرا لئنه إياه (ومنها) ربايع مكة لا يجوز بيعها ولا إيجارها على المذهب المنصوص واختلاف في مأخذه فقيل لأن مكة فتحت عنوة فصارت وقفاً أو فيثاً فلا ملك فيها لأحد وعلى هذا فينبى الخلاف في البيع والإجارة على الخلاف في فتحها عنوة أو صلحاً ، وقيل بل لأن الحرم حريم البيت والمسجد الحرام وقد جعله الله للناس سواء العاكف فيه والباد فلا يجوز لأحد التخصيص بملكه وتحويله بل الواجب أن يكون الناس فيه شرعاً واحداً لعموم الحاجة اليه فمن احتاج الى ما يده منه سكنه وإن استغنى عنه وجب بذل فاضله للححتاج اليه وهو مسلك ابن عقيل في نظرياتة وسلكه القاضى في خلافه أيضاً واختاره الشيخ تقى الدين وتردد كلامه في جواز البيع فاجازة مرة كبيع أرض العنوة عنده ويكون نقلاً لليد بموضع ومنعه في أخرى إذ الأرض وإعاض البناء من الحرم غير مملوك للبائى وإنما له التالىف وقد رجح به بتقديره في الانتفاع كمن بنى في أرض مسيلة للسكى بناء من تراها وأحجارها ونقل ابن منصور عن أحمد ما يدل على جواز البيع دون الإجارة وتأوله القاضى وعلى هذا المأخذ فقد يختص البيع بالقول بفنحها عنوة لمصير الأرض فيثاً وقد نص أحمد في رواية حنبل على أن علة الكراهة انها فتحت عنوة فصار المسلمون فيها شركاً واحداً قال وعمر إنما ترك السواد لذلك قال ولا يعجبنى منازل السواد ولا أرضهم وهذا نص بكراهة المنع فى سائر أراضي العنوة وبكل حال فلا يجب الاسكان فى دور مكة إلا فى الفاضل عن حاجة الساكن نص عليه

{القاعدة المائة}

الواجب بالنذر هل يلحق الواجب بالشروع أو بالمدبوب فيه خلاف يتنزل عليه مسائل كثيرة :

(منها) الأكل من أضحية النذر وفيه وجهان اختار أبو بكر الجواز (ومنها) فعل الصلاة المنذورة في وقت النهي وفيه وجهان أشهرهما الجواز (ومنها) نذر أيام التشريق والصلاة في وقت النهي وفيه وجهان أيضا واختار ابن عقيل أنه كئذ المصيبة لأن الملام بالنذر هو التطوع المطلق (ومنها) لو نذر صلاة فهل يجزئه ركعة أم لا بد من ركعتين على روايتين (ومنها) لو نذر عتق رقبة لم يجزئه الا سليمة ذكره القاضي حملا له على واجب الشرع ويحتمل أن يجزئه ما يقع عليه الاسم كالوصية فان القاضي سلبها مع أن المتصوص عن أحمد فيمن وصى بعتق رقبة لا يعتق عليه الا سليمة

(القاعدة الحادية بعد المائة)

من خيرين شيئين وأمكنه الاتيان بنصفيهما معا فهل يجزئه أم لا؟ فيه خلاف يتنزل عليه مسائل (منها) لو أعتق في الكفارة نصفى رقتين وفيها وجهان وقيل ان كان باقيهما حرا أجزأ وجهها واحدا لتكامل الحرية، وخرجوا على الوجهين لو أخرج في الزكاة نصفى شاتين وزاد صاحب التلخيص لو أهدى نصفى شاتين وفيه نظر إذ المقصود من الهدى اللعم ولهذا أجزأ فيه شقص من بدته. وقد روى عن أحمد ما يدل على الاجزاء هاهنا (ومنها) لو أخرج الجبران (١) في زكاة الابل شاة وعشرة دراهم فهل يجزئه على وجهين (ومنها) لو كفر يمينه باطعام خمسة مساكين وكسوة خمسة فانه يجزئ على المشهور وفيه وجه مذكور في شرح الهداية في زكاة القطر (ومنها) لو أخرج في الفطرة صاعان جنسين والمذهب الاجزاء. ويتخرج فيه وجه (ومنها) لو كفر في معظورات الحج بصيام يوم واطعام أربعة مساكين فالظاهر منه، وفي أحكام القرآن للقاضي يحتمل الجواز لانها على التخير بخلاف كفارة اليمين. وعلى قياس هذا لو أعتق في كفارة اليمين ثلث رقبة واطعم أربعة مساكين وكسى أربعة انه يجزئه وفيه بعد (ومنها) لو أخرج عن أربع مائة من الابل أربع حقائق وخمس بنات لبون أجزأ بغير خلاف عندنا لانه عمل بمقتضى قوله في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة ولان هذه واجبات متعددة فهي ككفارات متعددة فان أخرج بتشقيص كما لو أخرج عن مائتين حقتين وبنت لبون ونصفا فهو كأخراج نصفى شاتين على ما سبق

(القاعدة الثانية بعد المائة)

من أتى بسبب يفيد الملك او الحل او يسقط الواجبات على وجه محرم وكان مما تدعو النفوس اليه ألغى ذلك السبب وصار وجوده كالعدم ولم يترتب عليه احكامه ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة: (١) الجبران: اسم لجبر نصاب الزكاة من جبرته بكذا عادته

(منها) الفار من الزكاة قبل تمام الحول بتنقيص النصاب أو إخراجها عن ملكه تجب عليه الزكاة ولو صرف أكثر أمواله في ملك مالا زكاة فيه كالعقار والحلي قبل ينزل منزلة الفار على وجهين ؟ (ومنها) المطلق في مرضه لا يقطع طلاقه حتى الزوجية من أرثها منه إلا أن تنتفى التهم بسؤال الزوجة ونحوه فيه روايتان (ومنها) القاتل لموروثه لا يرثه، وسواء كان متهما أو غير متهم عند أكثر الأصحاب وحكي ابن عقيل في مفرداته وعمد الأدلة وجها أنه متى انتفت التهمة كقتل الصبي والمجنون لم يتمتع الإرث قال وهو أصح عندى (ومنها) قتل الموصى له الموصى بعد الوصية فإنه تبطل الوصية رواية واحدة على أصح الطريقتين (ومنها) السكران يشرب الخمر عمدا يجعل كالصاحي في أقواله وأفعاله فيما عليه في المشهور من المذهب بخلاف من سكر ينج ونحوه (ومنها) لو أزال (١) عقلان ضرب رأسه فجن فانه لا يقع طلاقه على المنصوص لأن ذلك مما لا تدعو النفوس إليه بل في الطبع وأزع عنه، وكذلك لا يجب عليه قضاء الصلاة إذا جن في هذه الحالة على الصحيح (ومنها) تخليل الخمر لا يفيد حله ولا طهارته على المذهب الصحيح (ومنها) ذبح الصيد في حق المحرم لا يبيحه بالكلية وذبح الحبل للحرم لا يبيحه للحرم المذبوح له وفي حله لغیره من المحرمين وجهان، ولا يرد على هذا ذبح الغاصب والسارق لأن ذبحهما لا يترتب عليه الإباحة لهما فانه باق على ملك المالك ولا إباحة بدون أنه مع أن أبا بكر التزم تحريمه مطلقا وحكاه رواية ويبحث بهذه القاعدة

(قاعدة) من تعجل حقه أو ما أبيع له قبل وقته على وجه محرم عوقب بحرمانه ويدخل فيها من مسائل : الأولى مسألة قتل الموروث والموصى له (ومنها) الغال من القيمة يحرم أسهمه منها على إحدى الروايتين (ومنها) من تزوج امرأة في عدتها حرمت عليه على التأيد على رواية (ومنها) من تزوجت بعدها فانه يحرم عليها على التأيد كما روى عن عمر رضي الله عنه نص عليه أحمد في رواية عبد الله ذكره الخلال في أحكام العبد عن الخضر بن المثنى الكندي عنه . والخضر هذا مجهول تفرد عن عبد الله برواية المناكير التي لا يتابع عليها (ومنها) من اصطاد صيدا قبل أن يحل من أحرامه لم يحل له وإن تحلل حتى يرسله ويطلقه، وأما إذا قتل الغريم غريمه فانه يحل دينه عليه كما لو مات صرح به جماعة من الأصحاب . ويتخرج فيه وجه آخر أنه لا يحل طردا للقاعدة

(القاعدة الثالثة بعد المائة)

الفعل الواحد يبنى بعضه على بعض مع الاتصال المعتاد ولا ينقطع بالفرق اليسير ولذلك صور : (منها) مكثرة الماء النجس القليل بالماء الكثير يعتبر له الاتصال المعتاد دون صب القلتين

(١) في ٧٩١ دون « ومنهال » وقد اكتفى بكلمة أو

دفعه واحدة (ومنها) الوضوء إذا اعتبر حالة الموالاة لم يقطعه التفرق اليسير، وهل الاعتبار بالعرف أو بجفاف الأعضاء على روايتين (ومنها) الصلاة يجوز البناء عليها إذا سلم ساهياً مع قرب الفصل ولا تبطل بذلك (ومنها) المسافر إذا أقام مدة يومين فهو سفر واحد ينبنى بعضه على بعض وإن زاد لم ين (ومنها) إذا ترك العمل في المعدن الترك المعتاد أو لعذر ولم يقصد الإهمال ثم عاد إلى الاستخراج ضم الأول إلى الثاني في النصاب (ومنها) الطواف إذا تحلله صلاة مكتوبة أو جنازة ينبنى عليه سواء قلنا الموالاة سنة أو شرط على أشهر الطريقين للأصحاب (ومنها) لو حلف لا أكلت إلا أكلة واحدة في يومى هذا فأكل متواصلاً لم يحسب وإن تفرق التفرق المعتاد على الأكلة الواحدة ولو طال زمن الأكل وإن قطع ثم عاد بعد طول الفصل حث ذكره القاضى في خلافه في القطع في السرعة والامدى. وقياسه لو حلف لا وطئها إلا مرة واحدة فإن الوطء في العرف عبارة عن الوطء التام المستدام إلى الانزال ولا يبعد أن يقال مثله فيمن رتب على مطلق الوطء. وفي الترغيب أنه ظاهر كلام أصحابنا فيما إذا قال إن وطئتك فوالله لا وطئتك ولكن لمصوص الحنث بالتقاضي الحثانين، وقد ذكر القاضى وجهاً أنه لاحق على من أكمل الوطء المعلق عليه الطلاق الثلاث باتمائه إلى الانزال (ومنها) لو أخرج السارق من الحرم بعض النصاب ثم دخل وأخرج ما فيه وكل منهما بانفراده لا يبلغ نصاباً فإن لم يطل الفصل بينهما قطع وإن طال فقيه وجهاً ذكرهما القاضى في خلافه وصاحب المحرر عنه في الترغيب وقال اختار به شيوخى أنه لا قطع مع طول الفصل (ومنها) إذا ترك المرتضع الثدي بغير اختياره ثم عاد إليه قبل طول الفصل فهي رضعة واحدة عند ابن حامد وكذا ذكر الأمدى أنه لو قطع باختياره لنفسه أو إعياء يلحقه ثم عاد ولم يطل الفصل فهي رضعة واحدة قال ولو انتقل من ثدى إلى آخر ولم يطل الفصل فإن كان من امرأة واحدة فهي رضعة واحدة وإن كان من امرأتين فوجهاً، وحكى أبو الخطاب عن ابن حامد نحو ذلك في جميع الصور إلا في صورة المرأتين وذكر أنها ظاهر كلام الحرقى وحكى عن أبي بكر أنها تكون رضعتين في جميع ذلك وأنه ظاهر كلام أحمد وأحمد

(القاعدة الرابعة بعد المائة)

الرضا بالمجهول قدرًا أو جنسًا أو وصفًا هل هو رضا معتبر لازم؟ أن كان المترم عقدًا أو فسخا يصح إيهامه بالنسبة إلى أنواعه أو إلى أعيان من يرد عليه صح الرضا به والزم بغير خلاف وإن كان غير ذلك فقيه خلاف، فالاول له صور :

(ومنها) ان يجرم منها بمثل ما احرم به فلان أو باحد الانساك فيصح (ومنها) اذا طلق احدى زوجاته فيصح وتعين بالقرعة على المذهب (ومنها) لو اعتق احد عبيده فيصح ويعين بالقرعة ايضا على الصحيح، وأما الثاني فله صور :

(منها) اذا طلق بلفظ المجمى من لا يفهم معناه والتزم موجهه عند اهله ففى لزوم الطلاق له وجهان ، والمنصوص فى رواية أبى الحارث أنه لا يلزمه الطلاق وهو قول القاضى وابن عقيل والأكثرين (ومنها) اذا طلق المجمى بلفظ الطلاق ولم يفهم معناه ولكنه التزم موجهه عند العرب فيه الخلاف (ومنها) اذا عتق المجمى أو العربى بغير لفته ولم يفهم معناه ففيه الخلاف ونص أحمد من رواية عبد الله أنه لا يلزم العتق (ومنها) اذا قال لامرأته أنت طالق مثل ما طلق فلان زوجته ولم يمسلم فهل يلزمه مثل طلاق فلان بكل حال أولا يلزمه أكثر من واحدة فيه وجهان (ومنها) اذا قال إيمان البيعة تلزمى لأفعلن كذا ولم يعلم ماهى فيه . وفيه ثلاثة أوجه : أحدها لا تتعقد بمينه بالكلية : والثانى تتعقد اذا لزمها ونواها وبه أفى أبو القاسم الحرقى فيما حكي عنه ابن بطة قال أبو القاسم وكان أبى يتوقف فيها ولا يجب فيها بشئ : والثالث ينعقد فيما عدا الإيمان بالله بشرط النية بناء على أن الإيمان بالله لا تصح بالكتابة (١) وفيه وجه رابع وهو ظاهر كلام القاضى فى خلافه أنه يلزمه موجبها نواها أو لم ينوها وصرح به أيضا فى بعض تعاليقه وقال لأن من أصلنا وقوع الطلاق والعتاق بالكتابة (٢) بالخط وان لم ينوه (ومنها) لو قال إيمان المسلمين تلزمى ففى الخلاف للقاضى يارمه اليمين بالله تعالى والطلاق والعتاق والظهار والنذر نوى ذلك أو لم ينوه وهو مفرع على قوله فى إيمان البيعة قال الشيخ مجد الدين وذكره اليمين بالله تعالى والنذر مبنى على قولنا بعدم تداخل كفاراتهما فاما على قولنا بالتداخل فيجزمه لها كفارة اليمين وقياس المشهور عن أصحابنا فى يمين البيعة أنه لا يلزمه شئ حتى ينويه ويلزمه أو لا يلزمه شئ بالكلية حتى يعلمه أو يفرق بين اليمين بالله تعالى وغيرها مع أن صاحب المحرر لم يحكم خلافا على اللزوم هاهنا وان لم ينوها لان إيمان المسلمين معروفة بينهم ولا سيما اليمين بالله وبالطلاق والعتاق بخلاف إيمان البيعة (ومنها) البرائة من المجهول وأشهر الروايات سمعتها مطلقا سواء جهل المبرى قدره ووصفه أو جهلها معا سواء عرفه المبرى أو لم يعرفه والثانية لا يصح اذا عرفه المبرى سواء علم المبرى بمعرفة أو لم يعلم وفيه تخريج أنه ان علم معرفته صح وان ظن جهله لم يصح لأنه غار له والثالثة لا يصح البرائة من المجهول وان جهله الا فيما تعذر علمه للضرورة وكذلك البرائة من الحقوق

(١) و (٢) فى جميع النسخ بالكناية

في الاعراض والمظالم (ومنها) البراءة من عيوب المبيع اذا لم يعين منها شئ. وفيه روايتان . اشهرهما انه لا يبرأ : والثانية ببرأ الامن عيب عليه فحكمته لتقريره وغشه ، وخرج ابو الخطاب وجهاً آخر بالصحة مطلقاً من البراءة من المجهول (ومنها) اجازة الوصية المجهولة وفي صحتها وجهان .

(القاعدة الخامسة بعد المائة)

في اضافة الانشاءات والاخبارات الى المبيعات : اما الانشاءات ففيها العقود وهي انواع . احدها عقود التمليكات المحضة كالبيع والصلح بمعناه وعقود التوفقات كالرهن والكفالة والتبرعات اللازمة بالمقد أو بالقرض بعده كالهبه والصدقة . فلا يصح في مبهم من اعيان متفاوتة كعبد من عبيد وشاة من قطيع وكفالة احد هذين الرجلين وضمان احد هذين الدينين وفي الكفالة احتمال لانه تبرع فهو كالاغارة والاباحة ويصح في مبهم من اعيان متساوية محتلفة كقفيز صبرة فان كانت متميزة متفرقة ففيه احتمالان ذكرهما في التاخير ، وظاهر كلام القاضي الصحة فانه ذكر في الخلاف انه يصح اجارة عين من اعيان متقاربة النفع لان المنافع لا تتفاوت كالا اعيان وان كانت محتلفة من جنس واحد كصبرة مختلفة الاجزاء فوجهان . احدهما البطلان كالا اعيان المتميزة . والثاني الصحة وله من كل نوع بمحضه .

والثاني عقود معاوضات غير متحصنة كالصداق وعوض الخلع والصلح عن دم العمد ففي محتتها على مبهم من اعيان مختلفة وجهان اصحهما الصحة وفي الكناية طريقتان . احدهما انها كذلك وهي طريقة القاضي : والثاني لا تصح وجهاً واحداً لان عوضها مال محض .

والثالث عقد تبرع معلق بالموت فيصح في المبهم بغير خلاف لما دخله من التوسع كعبد من عبيده وشاة من قطيعه وهل يعين بتعين الورثة أو بالقرعة على روايتين . ومثله عقود التبرعات كاعارة احد هذين الثوبين واباحة احد هذين الرغيفين ، وكذلك عقود المشاركات والامانات المحضة مثل أن يقول ضارب باحدى هاتين المائتين وهما في كيسين ودع عنك الاخرى [عندك] ودعية أو ضارب من هذه المائة بخمسين فانه يصح التماثل ذكره صاحب التاخير . فاما ان كان الايام في التملك فان كان على وجه يؤول الى العلم كقولہ أعطوا احد هذين كذا صحت الوصية كما لو قال في الجملة من رد عدي فله كذا . وان كان على وجه لا يؤول الى العلم كالوصية لأحد هذين ففيه روايتان وعلى الصحة يميز بالقرعة : وأما الفسوخ فمواضع منها على التخليب والسراية صح في المبهم كالطلاق والعناق ، وخرج صاحب التاخير وجهاً في الوتف انه كالتعلق لما فيه من التحرير والمذهب خلافه لان الوقف عقد (٣٠ - قواعد)

تمليك فهو بالمبة أشبه: وأما الاخبارات فما كان منها خبراً دينياً أو كان يجب به حق على المخبر قبل في المبهم، فإن تعلق به وجوب حق على غيره لم يقبل الا فيما يظهر له فيه عذر الاشتباه فقيه خلاف. وان تعلق به وجوب الحق على غيره لغير دفع حكمه حكم اخبار من وجب عليه الحق ويخرج على ذلك مسائل: (منها) لو أخبره ان كذا بالغ في أحد هذين الاثنين لا بعينه قبل وصار كمن أشبته عليه ظاهر بنجس، وكذلك لو أخبره بنجاسة أحد الثوبين، أو أن أحد هذين اللحمين ميتة والاخر مذكاة ونحو ذلك (ومنها) الاقرار فيصح للمبهم ويازم بتعيينه مثل أن يقول احد هذين مالك لفلان، أو له عندى درهم اودينار. ويصح للمبهم كما لو اقر انه اعتق احد هذين العبدين، أو اعطقه موروته وكذلك اذا اقر انه زوج إحدى بناته من رجل ولم يسمها ثم مات فانها تميز بالقرعة على المنصوص، وكذلك لو اقر ان هذه العين التي في يده لاحد هذين ودية ولا أعلمه عينا فانها يقرعان عليها نص عليه، وكذا لو اقر أنه باع هذه العين من أحد هذين وهما يدعيانها فانها يقرعان ولو كانت في يد أحدهما. نص عليه أحد في رواية ابن منصور في رجلين ادعى كل واحد منهما انه اشترى من رجل ثوباً وقال أحدهما اشتريته بمائة وقال الآخر بمائتين وأقر البائع انه باعه بمائتين ولم يعين، فانه يقرع بينهما وان أقاما بينتين وكان الثوب في يد أحدهما، وهذا اختيار أبي بكر ولا اعتبار بهذه. اليد للعلم بمسئدتها. وعنه رواية أخرى أنها يد معتبرة فتكون العين لصاحبها ومع تعارض البينتين يخرج على الخلاف في بيئة الداخل والخارج (ومنها) الدعوى بالمبهم فان كانت بما يصح وقوع العقد عليه مبهما كالوصية والعبد المطلق في المبهم (١) ونحوه فانها تصح قال في الترغيب والحق أصحابنا الاقرار بذلك قال والصحيح عندى أن دعوى الاقرار بالمعلوم (٢) لا يصح لأنه ليس بالحق ولا موجه فكيف بالمجهول. وأما الدعوى على المبهم فلا تصح ولا تسمع ولا يثبت بها قسامة ولا غيرها. فلو قال قتل أبي أحد هؤلاء الخمسة لم يسمع. قال في الترغيب ويحتمل أن يسمع الحاجة فان مثله يقع كثيرا ويختلف كل واحد منهم قال وكذلك يجرى في دعوى النصب والاتلاف والسرقة ولا يجرى في الاقرار والبيع اذا قال نسيت لانه عسر (ومنها) الشهادة بالمبهم فان كان المشهود به [يصح] مبهما تحت الشهادة به كالتق والطلاق والاقرار والوصية والا لم يصح لاسيما الشهادة التي لا تصح بدون دعوى فانها تابعة للدعوى في الحكم إما ان شهدت البيئة انه طلق أو اعتق أو ابطال وصية معينة وادعت نسيان عينا ففى القبول وجهان حكاهما في المحرر وجزم ابن أبي موسى بقبول الشهادة بالرجوع عن احد الوصيتين مطلقا وكذلك حكى عن أبي بكر ونقل ابن منصور عن احمد في شاهدين شهدا على رجل (١) في نسختي الدار. المطلق في الرهن. (٢) كذا فيهما وفي نسختنا. بالمعلوم.

انه اخذ من يقيم الفا وشهد آخران على آخر انه هو الذى اخذها يأخذ الولي بأيهما شاء ولعل المراد انه اذا صدق احدى البيتين حكم له بها.

«فصل» ولو تعلق الانشاء باسم لا يتميز به مسماه لوقوع الشر كفيه فان لم ينو في الباطن معينا فهو كالتصريح بالاباهم وان نوى به معينا فان كان العقد مالا يشترط له الشهادة صح والا فقيه خلاف والاخبار تابع للانشاء في ذلك ويخرج على ذلك مسائل :

(منها) ورود عقد النكاح على اسم لا يتميز بمسماه لا يصح. فلو قالزوجتك بنى وله بنات لم يصح واما ان عيناني الباطن واحدة وعقدنا المقد عليها باسم غير مميز نحو أن يقول بنى وله بنات أو يسميها باسم وينوي في الباطن غير مسماه ففي الصحة وجهان اختار القاضى في موضع الصحة وأبو الخطاب والقاضى في موضع آخر البطلان ، وما أخذه أن النكاح يشترط له الشهادة ويتعذر الاشهاد على النية. وعن أبى حفص العكبرى ان كاتبت المساة غلطاً لا يحل نكاحها لسكونها مزوجة أو غير ذلك صح النكاح والا فلا ، فلو وقع مثل هذا في غير النكاح مالا يشترط له الشهادة فان قلنا في النكاح يصح ففي غيره أولى، وان قلنا في النكاح لا يصح فقتضى تعليل من علل باسقاط الشهادة أن يصح في غيره مما لا يعتبر الاشهاد عليه لصحتها (ومنها) الوصية لجارّه ومحمد وله جار ان بهذا الاسم فله حالان أحدهما أن يعلم بقرينة أو غيرها أنه أراد واحدا منها معينا أو أشكل علينا معرفته فهنا يصح الوصية بغير تردد ويخرج المستحق منهما بالقرعة على قياس المذهب في اشتباه المستحق للمال بغيره من الزوجة المطلقة والسلمة المبيعة وغيرهما : والحالة الثانية ان يطلق وقد يذهل عن تعيين احدهما بعينه فهو كالوصية لاحدهما مبهما ، وكذلك حكى الأصحاب في الصحة روايتين ولكن المنصوص عن أحمد الصحة . قال صالح : سألت أبى عن رجل مات وله ثلاثة غلمان ثلاثتهم اسمهم فرج فوصى عند موته فقال فرج حر وفرج له مائة وفرج ليس له شيء . قال أبى : يقرع بينهم فمن أصابته القرعة فهو حر واما صاحب المائة فلا شيء له وذلك انه عبد والعبد هو وماله لسيده . وهذا يدل على الصحة مع اشتراك الاسم لأنه انما علل البطلان هنا لكونه عبداً فدل على انه لو كان حراً لاستحق ، وزعم صاحب المغنى ان رواية صالح تدل على بطلان الوصية وخالفه صاحب المحرر . ونقل حنبل قال ابو عبد الله : في رجل له غلامان اسمهما واحد فوصى عند موته فقال فلان حر بعد موتى لأحد الغلامين وله مائتا درهم ، وفلان ليس هو حر واسمها واحد فقال يقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو حر واما صاحب المائتين فليس له شيء . وذلك انه عبد والعبد وماله لسيده وهذه لا تدل على مثل ما دلت عليه رواية صالح لكن السؤال يقتضى ان الموصى له بالمائتين هو العتيق والجواب يدل على خلافه ، ومن

ثم زعم صاحب المحرر أنها تدل على بطلان الوصية للإبهايم وليس كذلك لأنه إنما علل بكونه عبداً لم يعتق ونأولها القاضي وابن عقيل على أن الوصية لم تصح لكونه عبداً حال الإيصال ولا يكفى حرية حال الاستحقاق ، وعلى هذا فلا تصح الوصية لأم الولد والمدبر وهو ضعيف جداً ، وجواب أحمد إنما يتناول على أن الموصى له بالدرهم غير المعتق ، ونقل يعقوب بن مختار أن أبا عبد الله سئل عن رجل له ثلاثة غلمان اسم كل واحد منهم فرج ، فقال فرج حر وفرج مائة درهم ، قال يقرع بينهم فمن خرج سهمه فهو حر والذي أوصى له بالمائة لا شيء له لأن هذا ميراث ، وهذه الرواية من جنس ما قبلها حيث علل فيها بطلان الوصية بكون العبد الموصى له ميراث للورثة فهذه الروايات التي ساقها الخلال في الجامع وكلها دالة على الصحة وهو قول القاضي . وساقها أبو بكر في الشافى على أن الموصى له بالدرهم هو المعتق وإن أحمد صحح الوصية له في رواية صالح وأبطلها في رواية حنبل . قال أبو بكر : وبالصحة أقول ، وفي الخلال أيضاً عن مهنا أن أحمد قال في رجلين شهدا على رجل أنه أوصى عند موته لفلان بن فلان من أصحاب فلان ألف درهم أو أحاله بها والشهود لا يعرفون فلان بن فلان كيف يصنعون وقد مات الرجل ، قال : ينظرون في أصحاب فلان فيهم فلان بن فلان من أصحاب فلان ؟ قلت : فإن جاء رجلان فقال كل واحد منهما أنا فلان بن فلان من أصحاب فلان . قال : فلا يدفع إليهما شيئاً حتى يكون رجل واحد ، والظاهر أن أحمد لم يتوقف في الدفع إلا ليتبين المستحق من غيره لا لصحة الوصية فإنها هنا لمعين في نفس وإنما اشتبه علينا لا شرارك الاسميين فلذلك وقف الدفع على معرفة عين المستحق إذا رجى انكشاف الحال وأما مع الإياس من ذلك فبمعين تعيين المستحق بالقرعة قاله بعض الأصحاب المتقدمين وهو الحق .

(ومنها) اشتباه المدعى عليه إذا كتب القاضي إلى قاضي بلد آخر أن لفلان على فلان بن فلان المسمى الموصوف كذا فأحضره المكتوب إليه بالصفة والنسب فادعى أنه له مشاركا في ذلك ولم يثبت حكم عليه وإن ثبت أن له مشاركا في الاسم والصفة والنسب وقف حتى يعلم الخصم منهما ولم يجر القضاء مع عدم العلم . أما لو كان المدعى المكتوب فيه حيواناً أو عبداً موصوفاً ولم يثبت له مشارك ففيه وجهان أشهرهما أنه يسلم إلى المدعى مختوم العتق (١) ويؤخذ منه كفيلاً حتى يأتي القاضي الكاتب فيشهد الشهود على عينه ويقضيه له به ، وإن (٢) يشهدوا على عينه وجب رده إلى الحاكم الذي سلمه ويكون في ضمان الذي أخذه لأنه أخذه بغير استحقاق . والوجه الثاني لا يسلم

(١) في الأصل محتوج العتق وفي نسختي الدار (مختوم العتق) (٢) كذا في الأصول ولعل الصواب وإن لم يشهدوا الخ

الا بالشهادة على عينه . والفرق بينها وبين التي قبلها أن الحر قد طابق قول المدعى اسمه ونسبه وصفته فيعد الاشتراك في ذلك والعبد والحيران إنما حصل الاتفاق في وصفه أو في وصفه واسمه والوصف كثير الاشتباه وكذلك الاسم . ونظير هذا ما ذكره في شهادة الأعمى أنما عرف المشهود عليه باسمه ونسبه قبلت شهادته وإن عرفه برؤيته قبل علمه فوصفه فقي قبولها وجهان لأن الوصف المجرد يحصل فيه الاشتراك (ومنها) لو كان له ابنتان اسمهما واحد فذهب لاحداهما شيئاً أو أقر لها ثم مات ولم يبين فقال القاضي في بعض تعاليقه قياس المذهب إخراج المستحقة منها بالقرعة كما لو أقر أنه زوج إحدى بناته ثم مات ولم يبين ، وهذا صحيح لأن الهبة والاقرار هنا وقع لمعنى في الباطن وإنما أشكل علينا الوقوف عليه فيمن بالقرعة (ومنها) لو وجد في كتاب وقف أن رجلاً وقف على فلان وبني بنه واشتباهل المراد بنى بنيه (جمع ابن) وبني بنيه (واحدة البنات) قال ابن عقيل في فتونه : يكون بينهما عندنا لتساويهما كافي تعارض البيئات . قال الشيخ تقي الدين : ليس هذا من تعارض البيتين بل هو بمنزلة تردد البينة الواحدة ولو كان من تعارض البيتين فالقسمة عند التعارض رواية مرجوحة والا فالصحيح إما التساقط وإما القرعة فيحتمل أن يقرع ههنا لأن الحق ثبت لاحدى الجنتين ولم يعلم عينها ، ويحتمل أن يرجح بنو البتير لأن العادة أن الانسان اذا وقف على ولد بنيه (١) لا يخص منها الذكور بل يعم أولادهما بخلاف الوقف على ولد الذكور فإنه يخص ذكورهم كثيراً كأبائهم (٢) ولأنه لو أراد ولد البنت لساها باسمها أو لشرك بين ولدها وولد سائر بناته قال وهذا أقرب إلى الصواب . وافق رحمه الله فيمن وقف على أحد أولاده وله عدة أولاد وجعل اسمه أنه يميز بالقرعة

(القاعدة السادسة بعد المائة)

ينزل المجهول منزلة المعدوم وإن كانت الأصل بقاؤه اذا يؤس من الوقوف عليه أو شق اعتباره وذلك في مسائل :

(منها) الزائد على ما تجاسه المستحاجة من أقل الحيض أو غالبه الى منتهى أكثره ، حكمه حكم المعدوم حيث حكمنا فيها للمرأة بأحكام الطهارات كلها فإن مدة الاستحاجة تطول ولا غاية لها تنتظر بخلاف الزائد على الأقل في حق المبتدأة على ظاهر المذهب حيث تقضى الصوم الواقع فيه قبل ثبوت العادة بالتكرار لأن أمره ينكشف بالتكرار عن قرب . وكذلك النفاس المشكوك

(١) في ٧١١ : بته (٢) في ٧١١ كأنائهم

فيه تقضى فيه الصوم لأنه لا يتكرر (ومنها) اللقطة بعد الحول فانها تملك للجهة ربهها وما لا يملك منها يتصدق به عنه على الصحيح وكذلك الودائع والنصوب ونحوها (ومنها) مال من لا يعلم له وارث فانه يوضع في بيت المال كالأضائع مع أنه لا يخلو من بني عمر على إزاء الناس كلهم بنو آدم فمن كان أسبق الى الاجتماع مع الميت في أب من آباءه فهو عصبته ولكنه مجهول فلم يثبت له حكم وجاز صرف ماله في المصالح ، وكذلك لو كان له مولى معتق لورثه في هذه الحالة ولم يلتفت إلى هذا المجهول . ولنا رواية أخرى أنه ينتقل إلى بيت المال ارثاً لهذا المعنى فان أريد أن اشتباه الوارث بغيره . يوجب الحكم بالارث للكل فهو مخالف لقواعد المذهب وان أريد أنه ارث في الباطن لمعين فيحفظ ميراثه في بيت المال ثم يصرف في المصالح للعلل بمستحقه عيناً فهو الأول بمعنى واحد وينبئ على ذلك مسألة اقتصاص الامام بمن قتل من لا وارث له وفي المسألة وجهان منهم من بانها على أن بيت المال هل هو وارث أم لا . ومنهم من قال لا ينبئ على ذلك ثم لهم طريقان : أحدهما أنه لا يقتصر ولو قلنا بانه وارث لأن في المسلمين الصبي والمجنون والغائب وهي طريقة أبي الخطاب . والثاني يجوز الاقتصاص وان قلنا ليس بوارث لأن ولاية الامام ونظرة في المصالح قائم مقام الوارث وهو مأخذ ابن الزاغوني (ومنها) اذا اشتبهت اخته بنساء أهل مصر جازله الأقدام على النكاح من نسائه ولا يحتاج الى التحري في ذلك على أصح الوجهين ، وكذلك لو اشتبهت ميتة بلحم أهل مصر أو قرية أو اشتبه حرام قليل بمباح كثير ونحو ذلك إلا أن يكثر الحرام ويغلب فيخرج المسألة على تعارض الأصل والظاهر ككتاب الكفار وأوانهم (ومنها) طين الشوارع محكوم بطهارته على الصحيح المنصوص (ومنها) اذا طلق واحدة من نسائه وأنسبها فانها يميز بالقرعة ويحل له وطء البواقي على المذهب الصحيح المشهور وكذلك لو أعتق واحدة من إماءه (ومنها) اذا أحرمت بنسك وأنسبه ثم عينه بقران فانه يجرئه عن الحج ، وهل يجرئه عن العمرة وجهين أشهرهما عند المتأخرين لا يجرئه لجواز أن يكون أحرمت بمحج أولاً ثم أدخل عليه العمرة بنية القران فلا تصح عمرته . والثاني يجرئه لأنه انما يمنع من ادخال العمرة على الحج مع العلم فاما مع عدمه فلا تنزيلاً للمجهول كالمعدوم فكأنه ابتداء الاحرام بهما من حين التعيين

(القاعدة السابعة بعد المائة)

تمليك المعدوم والاباحة له نوعان : أحدهما أن يكون بطريق الاصاله فالمشهور أنه لا يصح . والثاني أن يكون بطريق التبعية فيصح في الوقف والاجازة وهذا اذا صرح بدخول المعدوم فاما

أن لم يصرح وكان المحل لا يستارم المعلوم قبي دخوله خلاف ، وكذا لو انتقل الوقف الى قوم
فحدث من يشاركهم ويتخرج على هذه القاعدة مسائل :

(منها) الاجازة لفلان ولما يولد له فانها تصح وفعل ذلك أبو بكر بن أبي داود [وهو] من أعيان
أصحابنا فانه أجاز لشخص وولده ولحبس الحبل (ومنها) الاجازة لمن يولد لفلان ابتداء فافق القاضي
فيها بالصحة مطلقا نقله عنه أبو بكر الخطيب . وقياس قوله في الوقف عدم الصحة (ومنها) الوقف
على من سيولد له فصرح القاضي في خلافه بانه لا يصح لانه وقف على من لا يملك في الحال واقتصر
عليه فلم يصح كالوقف على العبد . قال أحمد : في رواية صالح الوقف انما يكون أن يوقفه على ولده
أو من يكون من أقاربه فاذا انقرضوا فهو صدقة على المساكين أو من رأى (١) قال الشيخ مجد الدين
ظاهره يعطى صحة الوقف ابتداء على من يولد له أو من يوجد من أقاربه وهذا عندى وقف معلق
بشرط انتهى . ويمكن أن يحمل على أن مراده من يكون [وجودا] من أقاربه فيكون كان ناقصة وخبرها
مخدوفا (ومنها) الوقف على ولده وولد ولده أبدا أو من يولد له فيصح بغير اشكال نص عليه (ومنها)
لو وقف على ولده وله أولاد موجودون ثم حدث له ولد آخر فقبى دخوله روايتان وظاهر كلام
أحمد دخوله في المولود قبل تأخير النخل (٢) وقد سبق وهو قول ابن أبي موسى وظاهر كلام القاضي
وابن عقيل وأفتى به [ابن] الزاغوني (ومنها) لو وقف على ولده ثم على ولدهم أبدا على أن مات عن
ولد فقصيه لولده ومن مات عن غيره ولد فقصيه لمن في درجته فكان في درجته عند موته اثنان
مثلا فتناول قصيه ثم حدث ثالث فهل يشاركهم يخرج فيه وجهان من التي قبلها والدخول هنا
أولى وبه أفتى الشيخ شمس الدين ابن أبي عمر المقدسي لأن الوقف على الأولاد قد يلحظ فيهم أعيان
الموجودين عند الوقف بخلاف الدرجة والطبقة فانه لا يلحظ فيه الا مطلق الجهة وعلى هذا فلو حدث
من هو أعلى من الموجودين وكان في الوقف استحقاق الأعلى فالأعلى فانه يفرغه (٣) منهم واما حكم
الوصية فانها لاتصح لمعذورم بالاصلة كن [أوصى] بحمل هذه الجارية صرح به القاضي وابن عقيل وفي
دخول المتجدد بعد الوصية وقبل موت الموصي روايتان . وذكر القاضي فيمن وصى لمواليه وله
مدبرون وأمهات أولاد أنهم يدخولون وعال بأنهم موال حال الموت والوصية تعتبر بحال الموت
وخرجه الشيخ تقى الدين على الخلاف في المتجددين الوصية والموت . قال : بل هذا متجدد
بعد الموت فمنه أولى وهذا الذي قاله يتوجه إن علقنا الوصية بصدق الاسم فاما ان كان قصد الموصي
(١) كذا في الاصول الثلاثة . وبها مش ٧١١ له (أو من يأتي) . (٢) هذا نص في نسختي الدار
ونسختنا تأثير الفعل ولله تصحيح . (٣) في ٧١١ فانه ينزعه . وفي ٧١٢ فانه يهبر منهم

الوصية لأعيان رقيقه وسامهم باسم يحدث لهم فانهم يستحقون الوصية بغير توقف . وافق الشيخ أيضاً بدخول الممدوم في الوصية تبعاً كما وصى بذلة ثمره للفقراء الى أن يحدث لولده ولد فيكون وهو له قريب من تعليق الوصية بشرط آخر بعد الموت . والنصوص عن أحمد في رواية أحمد بن الحسين بن حسان فيمن أوصى أن تصدق في سكة فلان بكذا وكذا فسكتها قوم بعد موت الموصى قال إنما كانت الوصية للذين كانوا هم قال ما أدري كيف هذا ؟ قبله في شبه هذا الكورة قال لا الكورة وكثرة أهلها خلاف هذا المعنى ، ينزل قوم ويخرج قوم يقسم بينهم . ففرق بين الكورة والسكة لأن الكورة لا يلحظ الموصى فيها قوماً معينين لعدم انحصار أهلها وإنما المراد تفريق الوصية الموصى بها فيستحق المتجدد فيها بخلاف السكة فإنه قد يلحظ أعيان سكانها الموجودين لحصرهم ، ويفارق الوقف في ذلك الوصية لأن الوقف تمهيس وتسهيل يتداول المتجدد من الطباق فكذا الطبقة الواحدة بخلاف الوصية فإنها تملك فيستدعى موجوداً في الحال

(القاعدة الثامنة بعد المائة)

ما قبل وقوعه مترتباً أو متقارناً هل يحكم عليه بالتقارن أو بالتعاقب فيه خلاف ، والمذهب الحكم بالتعاقب بعد التقارن . ويندرج تحت ذلك صور :

(منها) المتوارثان إذا ماتا جملة بدم أو غرق أو طاعون وجعل تقارن موتهما وتعاقبه حكماً بتعاقبه على المذهب المشهور ، وورثتا كل واحد منهما من الآخر من تلاد ماله دون ما ورثته من صاحبه . وخرج أبو الخطاب رواية أخرى بعدم التوارث للشك في شرطه وكذلك لو علم سبق أحدهما بالموت وجعل عينه أو علم عينه ثم نسي على المذهب لكن هذا يستند إلى أن ثبوت الحياة لا يشترط للتوريث (ومنها) إذا أقيم في المصير جمعتان لغير حاجة وشك هل أحرم بهما معا فيطلقان وتماد الجمعة أو أحرم بهما مرتبتين فصلى الظهر على الوجين أحدهما تماد الظهر لأن التقارن مستبعد وعلى الثاني تماد الجمعة إما لاحتمال المقارنة أو تنزيلاً للجهرول كالممدوم (ومنها) إذا زوج وليان وجعل هل وقع المقدان معا فيطلقان أو مرتبتين فيصحب أحدهما بالقرعة فقيه وجهان أيضاً أحدهما يطلقان لاحتمال التقارن والثاني لاستيماده (ومنها) إذا أسلم الزوجان الكافران قبل الدخول واختلعا هل أسلما معا أو متعاقبين قبل القول قول مدعى التقارن فلا ينضمخ النكاح أو مدعى التعاقب لأن الظاهر معه على وجهين يرجعان إلى تعارض الأصل والظاهر (ومنها) إذا كان في يد رجل عبد فادعى رجلان كلا منهما أنه باعه هذا العبد بالقبول أقاماً بذلك يثبتين ولم يؤرخا فهل يصح المقدان

ويأزمه الثمنان لجواز أن يكونا في عقدتين في وقتين مختلفين . وحد استرجاع العقد بينهما أو (١)
يتعارض البيتان ، لجواز أن يكونا عقدا واحدا فيسقطان والأصل براءة ذمته على وجهين

(القاعدة التاسعة بعد المائة)

المنع من واحد مبهم من اعيان أو معين مشتبه باعيان يؤثر الاشتباه فيها المنع بمنع التصرف في تلك الأعيان قبل تمييزه ، والمنع من الجميع يمنع من التصرف في القدر الذي يحصل به الجمع خاصة ، فإن حصل الجمع دفعة واحدة منع من الجميع مع التساوى ، فإن كان لواحد منهما مزية على غيره بأن يصح وروده على غيره ولا عكس اختص الفساد به على الصحيح والمنع من القدر المشترك كالمنع من الجميع يقتضى العموم ، فلا أول أمثلة :

(منها) إذا طلق واحدة مبهمه منع من وطء زوجاته حتى يميز بالقرعة على الصحيح ، وحكي رواية أخرى أنه يميزها بتعيينه (ومنها) إذا أعتق أمة من إمانته مبهمه منع من وطء واحدة منهن حتى تميز المعتقة بالقرعة وفيه وجه بالتعيين (ومنها) إذا اشترت المطلقة ثلاثا زوجاته منع من وطء واحدة منهن حتى يميز المطلقة وتميزها بالقرعة على ظاهر المذهب (ومنها) لو اشترت أخته بعدد محصور من الأجنيات منع من التزوج بكل واحدة منهن حتى يعلم أخته من غيرها (ومنها) إذا اشترت مينة بمذكاة فإنه يمنع من الأكل منها حتى يعلم المذكاة (ومنها) اشتباه الآنية النجسة بالطاهرة يمنع من الطهارة بواحدة منها حتى يتبين على الظاهر (ومنها) لو حلف بالطلاق لا يأكل ثمرة فاختلطت في تمر فإنه يمنع من أكل ثمرة منه حتى يعلم عين الثمرة ، وإن كنا لانحكم عليه بالحنث باكل واحدة (ومنها) لو حلف بطلاق زوجاته أن لا يطأ واحدة منهن ونوى واحدة مبهمه فإنه يمنع من الوطء حتى يميزها بالقرعة وقيل بتعيينه (ومنها) لو أعطينا الأمان لواحد من أهل حصن أو أسلم واحد منهم ثم تداعوه حرم قتلهم بغير خلاف ، وفي استرقاقهم وجهان : أحدهما وهو المنصوص أنه يحرم مع التداعي : والثاني أنه يخرج واحد منهم بالقرعة ويرق الباقون ، وهو قول أبي بكر والخرقى ورجحه ابن عقيل في روايته الحاقلة باشتباه المعتق بغيره ، وكما لو أقر أن أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولدهم مات ولم يوجد فافقة فانا نخرج لاخراج الحرية (٢) وإن كان أحدهما حر الأصل والصحيح الأول لأن أهل الحصن لم يسق لهم رق فأرقاهم إلا واحدا يؤدي إلى ابتداء الأرقاق مع الشك في إباحته بخلاف ما إذا كان أحد المشتبهين رقيقا فأخرج غيره بالقرعة فإنه إنما يستدام الرق مع

(١) لعلها ن . (٢) في نسختنا: الجزية والتصحيح عن ٧١١

الشك في زواله ، والثاني أمثلة :

(منها) اذا ملك أختين أو أما وبنتا فالمشهور أن له الاقدام على وطء واحدة منهما ابتداءً فاذا فعل حرمت الأخرى ، وعن أبي الخطاب أنه يمنع من وطء واحدة منهما حتى تحرم الأخرى ، ونقل ابن هاني عن أحمد ما يدل عليه وهو راجع الى تحريم احدهما بمهمة والأول اصح لأن المحرم هو ما يحصل به الجمع (ومنها) اذا وطئ الأختين واحدة بعد الأخرى بمنع من وطئها جميعاً حتى يحرم احدهما لثبوت استفراشهما جميعاً ، أم تباح له الأولى اذا استبرأ الثانية لانهما اخص بالتحريم حيث كان الجمع حاصلًا بوطنها على وجهين ، والظاهر هاهنا الاول لثبوت الفراش لهما جميعاً فيكون المنوع منهما واحدة بمهمة (ومنها) إذا أسلم الكافر وعنده أكثر من أربع نسوة فأسلمن أو كن كنيات فالظاهر أن له وطء أربع منهن ويكون اختياراً منه لأن التحريم إنما يتعلق بالزيادة على الأربع وظلام القاضي قد يدل على هذا وقد يدل على تحريم الجميع قبل الاختيار (ومنها) أو قال لزوجاته الأربع واقفلاً وهن لا تحن بفعل البعض فاشهر الوجهين أنه لا يكون مولياً حتى يهبط ثلاثاً فيصير حيثن مولياً من الرابعة وهو قول القاضي في المجرى وأبي الخطاب لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث فلا تكون يمينه مانعة بخلاف ما اذا وطئ ثلاثاً فإنه لا يمكنه وطء الرابعة بدون حنث ، والثاني هو مول في الحال من الجميع وهو قول القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده ، وقال هو ظاهر كلام أحمد ومأخذ الخلاف ان الحكم المعلق بالهيئة الاجتماعية هل هو حكم على ما يتم به مماها حنث أو على مجموع الاجزاء في حالة الاجتماع دون الانفرد فعلى الثاني يكون مولياً من الجميع ويتوقف حنثه بوطنه كل واحدة على وطئ البواقي معها (ومنها) اذا زنى بامرأة وله أربع نسوة ففى التعليق للقاضي يمنع من وطء الأربع حتى يستظهر بالزانية حمل واستبعده الشيخ مجد الدين وهو كما قال لان التحريم هنا لاجل الجمع بين خمس فيكفى فيه ان يسلم عن [وطئ] واحدة منهن لاحق تستبرئ ويصرح به صاحب الترغيب ، وقد ذكر صاحب المغنى مثله فيمن أسلم على خمس نسوة ففارق واحدة فإنه يسلم عن وطء واحدة منهن حتى تستبرئ المفارقة (ومنها) إذا تزوج خمسا أو أختين في عقد واحد فالتكاح باطل لأن الجميع حصل به ولا مزية للبعض على البعض فيبطل بخلاف ما اذا تزوجن في عقود متفرقة وذكر القاضي في خلافه احتمالاً بالفرقة فيما إذا زوج أوليان من رجلين دفعة واحدة وهذا مثله ولكن هذا لعله تخالف الاجماع قاله الشيخ مجد الدين ولكنه يعترض بالرواية التي نقلها ابن أبي موسى فيمن قال لميده أيسكم جامتي بخير كذا وكذا فوحر فإثناه به اثنان معانق واحد منهما بالقرعة ، وكذلك لو قال

أول غلام يطلع على فهو حر أو أول امرأة تطلع على فهي طالق فطلع عليه عبده كلهم ونسأوه
 اكلمن أنه يطلق ويعتق واحد منهم بالقرعة نص عليه في رواية مهنا وأقره القاضي وصاحب المنى
 في موضع منه على ظاهره وتأولا مرة على أنهم طلعا واحدا بعد واحد وأشكل السابق وهذا هو
 الاظهر لانه اجتهد وغيره بعيد، وأما إن كان لبعضهم مزية فله صور :

(منها) إذا تزوج أما وبنتا في عقد واحد ففيه وجهان : أحدهما يبطل النكاحان معاً وهو قول
 القاضي وابن عقيل وصاحب المنى : والثاني يبطل نكاح الأم وحدها حكاه صاحب الكافي وجرم
 به صاحب المحرر لأن نكاح البنت لا يمنع نكاح الأم إذا عرى عن الدخول بخلاف العكس
 فكان نكاح الأم أولى بالابطال (ومنها) لو أسلم الكافر على أم وبنت لم يدخل بواحدة منهما
 فالذهب أنه ينفسخ نكاح الأم وحدها وتحرم عليه على التأيد ويثبت نكاح البنت نص عليه [أحمد] فيها
 ذكره القاضي في خلافه واتفق الأصحاب عليه وبناءه القاضي على أن النكحة الكفار صحيحة فإذا صح
 النكاح في البنت صارت أمها من أمهات نسائه فحرمت عليه، قال ولو لم يكن صحيحاً فيها كان له
 أن يختار أيهما شاء وهذا يخالف ما قرره في الجامع الكبير أن العقد الفاسد في النكاح يجرم ما يجرمه
 الصحيح وهذا النكاح غايته أنه فاسد لانه مختلف في صحته والمنصوص عن أحمد في رواية ابن
 طالب أنه يفرق بينه وبين الأم والبنت وقد حرمتا عليه وهذا محمول على ما إذا وجد الدخول
 بهما لأنه قال في تمام هذه الرواية إذا كان تحت أختان فرق بينه وبين أحدهما، وإذا كان تحت فوق
 أربع فرق بينه وبين الزيادة فدل على أنه لم يجزه له كابتداء العقد (ومنها) لو تزوج كبيرة وصغيرة
 ولم يدخل بها حتى أرضعت الصغيرة فسد نكاح الكبيرة لمصيرها من أمهات نسائه وفي الصغيرة
 روايتان أحدهما يفسد نكاحها أيضاً كمن عقد على أم وبنت ابتداء والثانية لا يبطل وهي أصح
 ومسئلة الجمع في العقد قد سبق الخلاف فيها وعلى التسليم فيها فالفرق بينهما وبين مسئلتنا أن الجمع
 هنا حصل في الاستدامة دون الابتداء والدوام أقوى من الابتداء فهو كمن أسلم عن أم وبنت
 (ومنها) لو كان تحت ذمي أربع نسوة ثم استرق للحوقة بدار الحرب أو غيره قال الشيخ مجد
 الدين يحتمل أن يتخير منهن اثنتين كما لو أسلم عبد وتحت أربع، ويحتمل أن يبطل نكاح الجميع
 كالرضاع إلى الحادث المحرم للجمع (ومنها) لو تزوج حرة وأمة في عقد وهو فاقد لشرط
 نكاح الاماء فانه يبطل نكاح الأمة وحدها على الأصح لأن الحرة تمتاز عليها بصفة ورود نكاحها
 عليها في مثل هذه الحال ولا عكس، ولذا لا ثالث وهو المنع من القدر المشترك أمثلة :

(منها) لو قال لزوجاته والله لا وطئت أحداً كن ناويا بذلك الامتناع من وطء مسمى احداهن

وهو القدر المشترك بين الجميع فيكون موليا من الجميع مع أن العموم يستفاد أيضا من كونه مفردا مضافا اما لو قال لا وطئت واحدة منكن فالمذهب الصحيح أنه يعم الجميع وهو قول القاضى والاصحاب بناء على أن النكرة في سياق النفي يفيد العموم وحكى القاضى عن أبى بكر أنه يكون موليا من واحدة غير معينة وأخذه من قوله إذا آلى من واحدة منهن وأشككت عليه أخرجت بالقرعة ولا يصح هذا الأخذ كما لا يخفى وحكى صاحب المغنى عن القاضى كذلك والقاضى مصرح بخلافه فإنه قال هو إيلاء من الجميع رواية واحدة لكنه قال معنى وطئ واحدة منهن انحلت يمينته من الكل بخلاف ما إذا قال لا وطئت كل واحدة منكن أو لا وطئت فانه إذا وطئ واحدة منهن حثت وبقي الإيلاء من البواقي، وإن لم يحثت بوطنين لأن حقن من الوطئ لم يستوف، والفرق بين الصور الثلاث أن قوله لا أطأ كل واحدة منكن ولا أطأ كن في قوة أيمان متعددة لاضافته إلى متعدد بخلاف قوله لا أطأ واحدة منكن فإنه مضاف إلى مفرد منكن موضوع بالاصالة لنفى الوحدة وعمومه عموم بدل لاشمول فاليمين فيه واحدة فتحل بالحنث بوطن واحدة ولكن مقتضى هذا التفريق أن تعدد الكفارة في صورتين الأولتين بوطن كل واحدة وهو قياس إحدى الروايتين في الظهار من نسائه بكلية واحدة أن الكفارة تتعدد ويمكن أن يقال النكرة في سياق النفي إن قيل إنها تعم بوضعها كما تعم صيغ الجوع فالصور الثلاث متساوية، وإن قيل إن عمومها جاء ضرورة نفي الماهية فالنفي بها واحد لا تعدد فيه وهو الماهية المطلقة فيتجه تفريق القاضى المذكور والله اعلم (ومنها) إذا قال إن خرجت من الدار مرة بغير إذن فانت طالق ونوى بذلك بين المرات اقتضى العموم بغير أشكال وإن أطلق فقال القاضى في خلافه تنقيد (١) يمينه بمرة واحدة، وسلم أنه لو أذن لها مرة فخرجت بأذنه ثم خرجت بعد ذلك بغير إذنه لم تطلق، وخالفه أبو الخطاب وابن عقيل في خلافهما وهو الحق ثم اختلف المأخذ، فقال ابن عقيل ذكر المرة تنفيه على المنع من الزيادة عليها وظاهر كلام أبى الخطاب أن العموم أتى من دخول النكرة في الشرط ولا حاجة إلى ذلك كله فإن اليمين عندنا إنما تحل بالحنث ولو خرجت مائة مرة بأذنه لم تحل اليمين بذلك عندنا والمحلوف عليه قائم وهو خروجهما مرة بغير أذنه فتقيد وجد ترتب عليه الحنث

(القاعدة العاشرة بعد المائة)

من ثبت له أحد أمرين فإن اختار أحدهما سقط الآخر، وإن أسقط أحدهما أثبت الآخر، وإن

(١) في نسختنا تنفيذ والتصويب عن ٧١١

امتنع منها فان كان امتناعه ضرراً على غيره استوفى له الحق الاصلى الثابت له اذا كان مالياً ، وان لم يكن حقاً ثابته سقط وان كان الحق غير مالى الزم بالاختيار وان كان حقاً واجباً له وعليه فان كان مستحقه غير معين حبس حتى يعينه ويوفيه ، وان كان مستحقه معيناً فهل يحبس ويستوفى منه الحق الذى عليه خلاف ، وان كان حقاً عليه وأمكن استيفاءه منه استوفى ، وان كان عليه حقان أصلي وبدل فامتنع من البدل حكم عليه بالاصل ويندرج تحت هذه القاعدة صور :

(منها) لو عفى مستحق القصاص دته وقتنا الواجب له أحد أمرين تمن له المال ولو عفى عن المالك ثبت له القود (ومنها) لو اشترى شيئاً فظهر على عيب فيه ثم استعمله استعمالاً لا يدل على الرضا بما ساء لم يسقط حقه من المطالبة بالارش عند ابن عقيل لان العيب موجب لاحد شيئين إما الرد وإما الارش فاسقاط أحدهما لا يسقط به الآخر ، وقال ابن أبى موسى والقاضى يسقط الارش أيضاً وفيه بعد (ومنها) لو أتاه الغريم بدنه في محله ولا ضرر عليه في قبضه فانه يؤمر بقبضه أو ابرائه فان امتنع قبضه له الحاكم وبرى غريمه (ومنها) [لو] امتنع الموصى له من القبول والرد حكم عليه بالرد وسقط حقه من الوصبة (ومنها) لو نصحر مواتاً وطالت مدته ولم يحبه ولم يرفع يده عنه فان حقه يسقط منه (ومنها) لو أسلم على أختين أو أكثر من أربع نسوة وامتنع من الاختيار حبس وعزر حتى يختار (ومنها) لو أخرت المعتقة تحت عبد الاختيار حتى طالت المدة اجبرها الحاكم على اختيار الفسخ أو الاقامة بالحكمين من الاستمتاع (ومنها) لو أبى المولى بعد المدة أن يفى أو يطلق فروايتان احدهما يحبس حتى يفى أو يطلق والثانية يفرق الحاكم بينهما (ومنها) لو حل دين الرهن وامتنع من توفيته وليس ثم وكيل في البيع باعه الحاكم ووفى الدين منه (ومنها) لو ادعى عليه فانكر وطلب منه البين فكل عنها قضى بالنكول وجعل مقراً لأن البين يدل عن الاقرار وعن النكول فاذا امتنع من البدل حكم عليه بالاصل (ومنها) لو نكل المدعى عليه عن الجواب بالكلية فان كانت الدعوى مما يقضى فيها بالنكول فهل يقضى عليه به هاهنا أم يحبس حتى يجيب على وجهين ، وان كانت مما لا يقضى فيها بالنكول كالقتل والحد فهل يحبس حتى يقر أو يخل سبيله على وجهين

(القاعدة الحادية عشر بعد المائة)

اذا كان الواجب بسبب واحد أحد شيئين فقامت حجة ثبتت بها أحدهما دون الآخر فهل يثبت أم لا ؟ على روايتين ويخرج طليهما مسائل :

(منها) اذا قلنا موجب قتل العمد أحد شيئين فاذا ادعى أولياء المقتول على ولى القاتل في القسامة

فتشكل فهل يلزمه الدية على روايتين (ومنها) لو ادعى جراحة عمداً على شخص وأتى بشاهد وامرأتين فهل تلزمه ديتها على روايتين والصحيح فيها عدم وجوب الدية لثلاث يلزم أن يجب بالقتل الدية عيناً وأما أن قلنا أن موجب القتل القصاص عيناً فالدية بدل فلا يجب بالايحجب به المبدول (ومنها) شهد رجل وامرأتان بقتل عبد عمداً فهل يثبت بذلك غرم قيمة العبد دون القود على روايتين حكاهما صاحب المحرر ، وذكر أن رواية وجوب القيمة رواها ابن منصور . وتأملت رواية ابن منصور فإذا ظاهرها أن القاتل كان حراً فلا يكون جنايته موجبة للقود ، فلا تكون المسألة من هذا القبيل بل من نوع آخر وهو إذا كانت الجناية موجبة للمال عيناً وقامت بها بينة يثبت بها المال دون أصل الجناية فهل يجب بها المال على روايتين ، كما لو كانت الجناية خطأ أو عمداً يوجب المال دون القود وأتى عليها بشاهد وامرأتين أو ادعى قتل كافر في الصف وأتى بشاهد وحلف معه فهل يستحق بذلك سلبه على الروايتين

(القاعدة الثانية عشر بعد المائة)

إذا اجتمع للضطر محرمان كل منهما لا يباح بدون الضرورة وجب تقديم أخفهما مفسدة وأقلها ضرراً لأن الزيادة لا ضرورة إليها فلا يباح ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا وجد المحرم صيداً وميته فانه يأكل الميتة نص عليه أحمد لأن في أكل الصيد ثلاث جنائيات صيده وذبحه وأكله ، وأكل الميتة فيها جنائية واحدة ، وعلى هذا فلو وجد لحم صيد ذبحه محرم وميته فانه يأكل لحم الصيد قاله القاضي في خلافه لأن كلا منهما فيه جنائية واحدة ويتميز الصيد بالاختلاف في كونه مذكى وفي هذا نظر فإن أكل الصيد جنائية على الاحرام ولهذا يلزمه بها الجزاء عند الحنفية وهو مستغنى عن ذلك بالأكل من الميتة ثم وجدت أبا الخطاب في اتصاره اختار أكل الميتة وعلاه بما ذكرنا ، ولو وجد بيض صيد فظاهر كلام القاضي أنه يأكل الميتة ولا يكسره ويأكله لأن كسره جنائيه كذبح الصيد (ومنها) نكاح الاماء والاستمناؤ كلامهما إنما يباح للضرورة ويقدم نكاح الاماء كما نص عليه ابن عباس لأنه مباح بنص والآخر متردد فيه ، وقال ابن عقيل في مفرداته الاستمناؤ أحب الى من نكاح الامة . وفيه نظر وأما نكاح الاماء ووطء المستحاضة فقال ابن عقيل إنما يباح ووطء المستحاضة عند خوف العنت وعدم الطول لنكاح غيرها ، وظاهر هذا أن نكاح الاماء مقدم عليه ، ويتوجه بما ذكرنا من النص على اباحة نكاح الاماء دون ووطء المستحاضة فانه في معنى ووطء الحائض لكونه دم أذى (ومنها) من أبيح له الفطر لشبهه فلم يمكنه الاستمناؤ .

واضطرب الى الجوع في الفرج فله فعله فان وجد زوجة مكلفة صائمة وأخرى حائضه فقيه احتالان ذكرهما صاحب المغنى أحدهما وطه الصائمة أولى لأن أكثر ما فيه أنها تفطر لضرب غيرها وذلك جائز لفطرها لأجل الولد، وأما وطى الحائض فلم يهد في الشرع جوازه فانه حرم للأذى ولا يزول الأذى بالحاجة اليه : والثاني يخبر لتعارض مفسدة وطه الحائض من غير افساد عبادة عليها وفساد صوم الطاهرة والأول هو الصحيح لما ذكرنا من إباحة الفطر لأسباب دون وطه الحائض (ومنها) اذا ألقي في السفينة نار واستوى الأمران في الهلاك أعنى المقام في النار والقاء النفوس في الماء فلي يجوز القاء النفوس في الماء أو يلزم المقام على روايتين ، والمنقول عن أحمد في رواية منها أنه قال أكره طرح نفوسهم في البحر وقال في رواية أبي داود يصنع كيف شاء قيل له هو في اللج لا يطعم في النجاة قال لأدري فتوقف ورجع ابن عقيل وغيره وجوب المقام مع يقين الهلاك فيها لتلا يكون قاتلا لنفسه بخلاف ما إذا لم يتيقنوا ذلك لاحتمال النجاة بالالقاء

(القاعدة الثالثة عشر بعد المائة)

اذا وجدنا جملة ذات أعداد موزعة على جملة أخرى ، فهل يتوزع أفراد الجملة الموزعة على أفراد الأخرى أو كل فرد منها على مجموع الجملة الأخرى ، هذه على قسمين : الاول أن توجد قرينة تدل على تعيين أحد الأمرين فلا خلاف في ذلك . فمثال ما دلت القرينة فيه على توزيع الجملة على الجملة الأخرى - فيقال كل فرد كامل بفرد يقابله إما الجريان العرف أو دلالة الشرع على ذلك . وإما الاستحالة ما سواه أن يقول لزوجتيه ان اكلتما هذين الرغيفين : فانتما طافتان ، فإذا أكلت كل واحدة منهما رغيفا طافت لاستحالة أكل كل واحدة للرغيفين أو يقول لعبدي ان ركبتما دابتيكما أو لبستما ثوبيكما أو تقلدتما سيفيكما أو اعتقلتما رعيكما أو دخلتما بزوجتيكما فانتما حران ، فتي وجد من كل واحد ركب دابته أو لبس ثوبه أو تقلد سيفه أو رعىه أو أدخله بزوجته ترتب عليهما العتق لأن الانفراد بهذا عرف وفي بعضه شرعي فتعين صرفه الى توزيع الجملة على الجملة ذكره في المغنى . ومثال ما دلت القرينة فيه على توزيع كل فرد من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى أن يقول رجل لزوجتيه ان كلتما زيدا أو كلتما عمروا فانتما طافتان فلا يطلقان حتى تكلم كل واحدة منهما زيدا وعمروا القسم الثاني : ان لا يدل دليل على ارادة احد التوزيعين فهل يحتمل التوزيع عند هذا الإطلاق على الاول أو الثاني في المسئلة خلاف والاشهر أنه يوزع كل من أفراد الجملة على جميع أفراد الجملة الأخرى اذا أمكن وصرح بذلك القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب في مسئلة التفاه من نسائه بكلية

واحدة . وكذلك لا يذكر الخلاف إلا في بعض الصور ويجب طرده في سائرهما ما لم يمنع منه مانع ولذلك أمثلة كثيرة (فمنها) قوله صلى الله عليه وسلم في تعليل مسحه الخفين (أنى ادخلتهما وهما طاهرتين) هل المراد أنه أدخل كل واحدة من قدميه الخفين وكل واحدة منهما طاهرة أو المراد أنه أدخل كل القدمين الخفين وكل قدم في حال ادخلها طاهرة . وينبئ على ذلك مسئلة ما إذا غسل إحدى رجله ثم أدخلها الخف ثم غسل الأخرى وأدخلها الخف فعلى التوزيع الأول وهو توزيع المفرد على الجلة لا يجوز المسح لأنه في حال ادخال الرجل الأولى الخف لم يكن الرجلان طاهرتين وعلى الثاني وهو توزيع المفرد على المفرد يصح ، وفي المسئلة روايتان عن أحمد ولكن القائل بأن الحدث الأصغر لا يتبع بعض أو أنه لا يرتفع إلا بعد استحالة الطهارة بمنع طهارة الرجل الأولى عند دخولها الخف نعم وجدت طهارتهما عند استحالة لبس الخفين وذلك من باب توزيع الجلة على الجلة (ومنها) مسئلة مد صجوة وهي قاعدة عظيمة مستقلة بنفسها فلنذكر هاهنا مضمونها ملخصا فنقول : إذا باع ربويا بجنسه ومعه من غير جنسه من الطرفين أو أحدهما كد صجوة ودرهم بمد صجوة ودرهم أو مد صجوة ودرهم بمدى صجوة أو بدرهمين ففيه روايتان أشهرهما بطلان العقد وله مأخذان أحدهما وهو مسلك القاضي وأصحابه أن الصفقة إذا اشتملت على شيئين مختلفي القيمة يقسط الثمن على قيمتهما وهذا يؤدي هنا إما إلى يقين التفاضل وإما إلى الجهل بالتساوى وكلاهما مبطل للعقد في أموال الربا . وبیان ذلك : أنه إذا باع مد يساوى درهمين ودرهما بمدين يساويان ثلاثة دراهم كان الدرهم في مقابلة ثلثي مد ويبقى مد في مقابلة مد وثلث وذلك ربا وكذلك إذا باع مد يساوى درهما ودرهمين بمدين يساويان ثلاثة دراهم فانه يتقابل الدرهمان بمد وثلث مد ويبقى ثلثا مد في مقابلة مد (١) وأما أن فرض التساوى كمد يساوى درهما (١) ودرهم بمد يساوى درهما ودرهم فإن التقويم ظن وتخمين فلا يمين معه المساواة والجهل بالتساوى هنا كالملم بالتفاضل فلو فرض أن المدين من شجرة واحدة أو من زرع واحد وأن الدرهمين من نقد واحد ففيه وجهان ذكرهما القاضي في خلافه احتمالين أحدهما الجواز لثبوت المساواة والثاني المنع لجواز أن يتغير أحدهما قبل العقد فتتصح قيمته وحده وصحح أبو الخطاب في انحصاره المنع قال لأننا لا نقابل مدا بمد ودرهما بدرهم بل نقابل مدا بنصف مد ونصف درهم وكذلك لو خرج مستحقا لاسترد ذلك وحينئذ فالجهل بالتساوى قائم ، هذا ما ذكره في تقرير هذه الطريقة . وهو عندى ضعيف لأن المتقسم (٢) هو قيمة الثمن على قيمة

(١) في الأصل الذى يديننا بياض مقدار كلمتين في المكانين وأما في نسختي الدار فلا بياض .

(٢) في ٧١١ لأن التقسيم

المثمن [لا اجراء احدهما على قيمة الآخر قضيا اذا باع مدا يساوى درهمين ودرهما بمدين يساويان ثلاثة لا نقول درهم مقابل بثلي مد بل نقول ثلث الثمن مقابل ثلث المثمن فنقابل ثلث المدين بثلث مد وثلث درهم ونقابل ثلثا المدين بثلي مد وثلث درهم فلا تنفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم ^(١)] مقابل ثلث المثمن فيقابل ثلث المدين ثلث مد وثلث درهم ويقابل ثلثا المدين بثلي مد وثلث درهم فلا ينفك مقابلة كل جزء من المدين بجزء من المد والدرهم . ولهذا لو باع شقصا وسيفا بمائة درهم وعشرة دنانير لاخذ الشفيع الشقص بحصته من الدراهم والدنانير ، نعم ! يحتاج الى معرفة ما يقابل الدرهم أو المد من الجملة الاخرى اذا ظهر احدهما مستحقا أو رد بعيب أو غيره ليرد ما يقابله من عوضه حيث كان المراد ههنا معينا مفردا ، اما مع صحة العقد في الكل واستدامته فانما نوزع اجزاء الثمن على اجزاء المثمن بحسب القيمة وحينئذ فالمفاضلة المتبقية كما ذكره متفية وأما ان المساواة غير معلومة فقدت (٢) في بعض الصور كما سبق . والمأخذ الثاني أن ذلك ممنوع سدا لذريعة الربا فان اتخاذا ذلك حيلة على الربا الصريح واقم كبيع مائة درهم في كيس بمائتين جملا للمائة في مقابلة الكيس وقد لا يساوى درهما فمنع ذلك وان كانا مقصودين حصلا لهذه المادة ، وفي كلام أحمد إجمالا الى هذا المأخذ والرواية الثانية يجوز ذلك بشرط أن يكون مع الربوي من غير جنسه من الطرفين أو يكون مع احدهما ولكن المفرد أكثر من الذي معه غيره نص عليها احمد في رواية جماعة جملا لغير الجنس في مقابلة الجنس وفي مقابلة الزيادة ، ومن المتأخرين كالسامري من يشترط فيها اذا كان مع كل واحد من غير جنسه من الجانبين التساوى جملا لكل جنس في مقابلة جنسه وهو أولى من جعل الجنس في مقابلة غيره لاسيما مع اختلافهما في القيمة وعلى هذه الرواية فانما يجوز ذلك ما لم يكن حيلة على الربا وقد نص احمد على هذا الشرط في رواية حرب ولا بد منه . وعلى هذه الرواية يكون التوزيع ههنا للأفراد على الأفراد وعلى الرواية الاولى هو من باب توزيع الافراد على الجملة أو توزيع الجملة على الجملة ، وللاصحاب في المسألة طريقة ثانية . وهو أنه لا يجوز بيع المحلى بجنس حايتة قولاً واحداً ، وفي يعمه بنقد آخر روايتان ويجوز بيعه بعرض رواية واحدة وهي طريقة أبي بكر في التنبية وابن أبي موسى والشيرازي وأبي محمد التميمي وأبي عبد الله الحسين الهمداني في كتابه المقصدى ، ومن هؤلاء من جرم بالمتع من يعمه بنقد من حسه وغير جنسه كآبي بكر في التنبية ، وقال الشيرازي الاظهر المنع ومنهم من جرم بالجواز في بيعه بغير جنسه كالتميمي ومنهم من حكي الخلاف كابن أبي موسى ونقل

(١) الزيادة التي بين المربعين من نسخة ٧١١ (٢) يياض في ٧١١

البرباطي (١) عن أحمد ما يشهد لهذه الطريقة في حلى صنع من مائة درهم فضة ومائة نحاس أنه لا يجوز بيعه كله بالفضة ولا بالذهب ولا بوزنه من الفضة والنحاس ولا يجوز بيعه حتى يخلص الفضة من النحاس ويبيع كل واحد منهما وحده، وفي توجيه هذه الطريقة غموض وحاصله أن يبيع المحلى بنقد من جنسه قبل التمييز والتفصيل بينه وبين حليته يؤدي إلى الربا لأنه يبيع ربوي بجنسه من غير تحقق مساواة لأن بعض الثمن يقابل العرض فيبقى الباقي مقابلاً للربوي ولا تتحقق معاواته وأما مع تمييز الربوي ومعرفة مقداره فأنما منعوا [منه] إذا ظهر فيه وجه الحيلة (٢) أو كان التفاضل فيه متيقناً كبيع عشرة دراهم مكسورة بشمانية صحاح وفسدين أو ألف صحاح بالف مكسورة وثوب أو ألفاً صحاحاً ودينار بالف ومائة مكسورة هكذا ذكره ابن أبي موسى وأما يمه بنقد آخر أو بربوي من غير جنسه ولكن حلة الربا فيها واحدة فالخلاف فيه مبنى على الخلاف في بيع الموزونات والمكيلات بعضها ببعض جزافاً وفي جوازه روايتان واختيار أبي بكر وابن أبي موسى والقاضي في خلافه المنع وعلوه بأنه لو استحق أحدهما لم يدر بما يرجع على صاحبه فيؤدي إلى الربا من جهة العقد وهكذا علل أهل هذه الطريقة المنع في هذه المسألة وفيه ضعف فإن المستحق لم يصح العقد فيه وعرضه ثابت في الذمة فيجوز المصالحة عنه كسائر الديون المجبولة وهذا الخلاف يشبه الخلاف في اشتراط العلم برأس مال السلم وضبط صفاته وأنه إذا سلم في جنسين لم يميز حتى يبين قسط كل واحد منهما فإن السلم والصرف متقاربان وهذا كله في الجنسين . فاما يبيع نوعي جنس بنوع منه ففيه طريقتان : أحدهما أن حكم نوعي الجنس حكم الجنسين وهو طريق القاضي وأصحابه نظراً إلى توزيع العوض بالقيمة فيؤدي ذلك ما هنا إلى تعين المعاملة وليس هنا شيء من غير الجنس يجعل في مقابلة الفاضل : والثاني الجواز هنا وهو طريق أبي بكر ورجحه صاحب المغني والتلخيص نظراً إلى أن الجردة والرداءة لا تعتبر في الربويات مع اتحاد النوع فكذا في الجنس الواحد، والتقسيم إنما يكون في غير أموال الربا أو في غير الجنس بدليل مالو باع نوعاً بنوع يشتمل على جيد وريء فإن المذهب جوازه ولكن ذكر أبو الخطاب في انتصاره فيه احتمالاً بالمنع عن نقل ابن القاسم عن أحمد أن كان تقدماً لم يميز فإن كان ثمراً جاز يوافق أن أنواع الثمار يكثر اختلافها ويشق تمييزها بخلاف أنواع النقود وهذا كله فيما إذا كان الربوي مقصوداً بالعقد فإن كان غير مقصوداً بالمصالحة وإنما هو تابع لغيره فهذا ثلاثة أنواع : أحدها مالا يقصد عادة ولا يباع مفرداً كترويق الدار ونحوه فلا يمنع من البيع بجنسه بالاتفاق : والثاني ما يقصد بغيره وليس أصلاً

لمال الربا كييع العبد ذى المال بمال من جنسه اذا كان المقصود الاصل هو العبد وفيه ثلاثة طرق ، احدهما انه يصح رواية واحدة سواء قلنا ان العبد يملك أولاً يملك وهى طريقة ابن بكر والحرقى والقاضى في خلافه وابن عقيل في موضع من فصوله وصاحب المغنى وهى المنصوصة عن احمد ، والثانية البناء على ملك العبد فان قلنا يملك يصح لان المال ملك العبد فليس بداخل في عقد البيع كمال المكاتب لا يدخل معه في بيعه وان قلنا لا يملك اعتبر له شروط البيع وهى طريقة القاضى في المجرى وأبى الخطاب في انتصاره ، والثالثة طريقة صاحب المهر ان قلنا لا يملك اعتبر له شروط البيع وان قلنا يملك فان كان مقصوداً اعتبر له ذلك والا فلا . وأنكر القاضى في المجرى أن يكون القصد وعدمه معتبراً في صحة العقد في الظاهر وهو عدول عن قواعد المذهب وأصوله : النوع الثالث مالا يقصد وهو تابع لغيره وهو أصل مال الربا اذا أبيع بما فيه منه وهو ضربان : أحدهما ان يمكن افراد التابع بالبيع كييع نخلة عليها رطب برطب وفيه طريقان : احدهما وهو طريق القاضى في المجرى المنع لانه مال مستقل بنفسه فوجب اعتبار احكامه بنفسه منفرداً عن حكم الاصل : والثانى الجواز وهى طريقة ابن بكر والحرقى وابن بطه والقاضى في الخلاف كما سبق في بيع العبد ذى المال ، واشترط ابن بطه وغيره ان يكون الرطب غير مقصود ولذلك شرط في بيع النخلة التى عليها ثمر لم يبد صلاحه أن يكون الثمر غير مقصود ونص أحمد عليه في رواية ابراهيم بن الحارث والاثرم ، وتاوله القاضى لغير معين (١) ومعنى قولنا غير مقصود أى بالاصالة وانما المقصود فى الاصل الشجر والثمر مقصود تبعاً : والضرب الثانى أن لا يكون التابع مما لا يجوز افراذه بالبيع كييع شاة لبون بلبن أو ذات صوف بصوف وبيع الثمر بالنوى فيجوز هنا عند القاضى في المجرى وابن حامد وابن أبى موسى ومنع منه أبو بكر والقاضى في خلافه ، وقد حكى فى المسألة روايتان عن أحمد ولعل المنع يتناول على ما إذا كان الربوى مقصوداً والجواز على عدم القصد وقد صرح باعتبار عدم القصد ابن عقيل وغيره ويشهد له تحليل الاصحاب كلهم الجواز بانه تابع غير مقصود ، واعلم أن هذه المسألة (٢) منقطعة عن مسائل مد عجرة وان القول بالجواز فيها لا يتقيد بزيادة المفرد على ما معه . وقد نص أحمد في بيع العبد الذى له مال بمال دون الذى معه وقاله القاضى في خلافه في مسألة العبد والنوى بالثمر وكذلك المنع فيها مطلق عند الاكثرين ، ومن الاصحاب من خرجها أو بعضها على مسائل مد عجرة ففرق بين أن يكون المفرد أكثر من الذى معه غيره أولاً وقد صرح به طائفة من الاصحاب كأبى الخطاب وابن عقيل في مسألة العبد ذى المال وكذلك حكى أبو الفتح

(١) فى ٧١١ لغير معنى (٢) فى الاصل (المسألة بل) ولعله يريد . المسائل .

الخلوان رواية في بيع الشاة ذات الصوف واللبن بالصوف واللبن أنه يجوز بشرط أن يكون المفرد أكثر مما في الشاة من جنسه ولحل هذا مع قصد اللبن والصوف بالاصالة والجواز مع عدم القصد فيرتفع الخلاف حيثئذ والله أعلم . وان حل على إطلاقه فهو متناول على ان التبعية هاهنا لا عبرة بها وان الربوى الذئب لغیره فهو مستقل بنفسه (ومنها) اذا باع رجل عبيدين له من رجلين بثمان واحد فان المبيع يقع شائماً بينهما فيكون لكل واحد منهما نصف كل عبد ، ولا يتخرج هنا وجه آخر أن يكون لكل واحد عبد لأنه يلزم من ذلك عدم تعيين المبيع فيفسد البيع، نعم لو كان العقد مما يصح به مبهما كالوصية والمهر والخلع توجه هذا التخرج فيه . ولو أقر لرجل بنصف عبيدين ثم فسر به بعد معين قبل بخلاف ما إذا أقر له بنصف هذين العبيدين ثم فسر به أحدهما ذكره صاحب الترخيب لأن الأول مطلق فيصح تفسيره بمعين یا لو قال لزوجه أنت طالق نصف تطليقتين فانها تطلق واحدة وأما اذا أوصى له بثلاث ثلاثة أعبد ثم استحق منهم اثنان فهل يستحق تلك الباقى أو كله فيه وجهان . وهذا قد يتوهم منه قبول التفسير بعبد مفرد مع التعيين وليس كذلك بل ماخذ هذين الوجهين أنه هل يدخل العبد ونحوه قسمة الاجار أم لا ؟ وفيه وجهان والمنصوص دخولها .

(ومنها) اذا رهنه اثنان عتین او عیناهما صفقة واحدة على دين له عليهما مثل أن يرهنه دارا لهما على ألف درهم له عليهما ، نص أحمد في رواية منها على ان أحدهما اذا قضى ماعليه ولم يقض الآخر أن الدار رهن على ما بقى . فظاهر هذا أنه جعل نصيب كل واحد [رهنًا] بجميع الحق توزعاً للمفرد على الجملة لا على المفرد وبذلك جزم أبو بكر في التنبيه وابن أبي موسى وأبو الخطاب وهو المذهب عند صاحب التلخيص . قال القاضى : هذا بناء على الرواية التي تقول إن عقد الاثنين مع الواحد في حكم الصفقة الواحدة ، أما اذا قلنا بالمذهب الصحيح أنهما في حكم عقدین كان نصيب كل واحد مرهونا بنصف الدين قال ويجوز ان يكون كل واحد منهما لما رهن صار كفيلاً عن صاحبه فلا ينفك الرهن في نصيبه حتى يؤدي بجميع ماعليه وتاوله [أيضا] في موضع آخر على ان كل واحد منهما كان كفيلاً عن صاحبه فاذا قضى أحدهما لم ينفك حقه من الرهن لأنه مطالب بما ضمنه قال واما ان لم يضمن كل واحد منهما ماعلى صاحبه فله الرجوع بقدر حصته وليس في كلام احمد ما يدل على الضمان وقد نبه على ذلك الشيخ مجد الدين وقال على هذا يصح الرهن من ليس الدين عليه وعلى الأول لا يصح ، وتناول القاضى ايضا في المجرد وابن عقيل وصاحب المغنى كلام احمد على ان الرهن انفك في نصيب المولى للدين لكن ليس للراهن مقاسمة المرتن

لما عليه من الضرر لا لمعنى ان المعين يكون كلها رهناً (١) وبمثل ذلك تأول صاحب المغنى ما قاله ابو الخطاب والخلواتى وغيرهما فيمن رهن عند رجلين فوفا أحدهما انه يبقى جميعه رهنا عند الآخر وتأوله على المنع من المقاسمة وهو ضعيف لوجوب: أحدهما ان احمد نص على ان الدار رهن على ما بقى: والثانى ان انفكك احد النصيين وقبض صاحبه له لا يتوقف على المقاسمة فان الشريك يقبض نصيبه المشترك من غير انقسام ويكون قبضا صحيحا اذ القبض يتأتى فى المشاع، ويشبه هذه المسألة ما اذا كاتب عديدين له صفقة واحدة بعموض واحد ثم أدى أحدهما حصته من الكتابة هل يعتق أم لا؟ على وجهين: أحدهما يعتق وهو اختيار القاضى وأصحابه لأنه أدى ما يخصه فهو كما لو أدى أحد المشتريين حصته من الثمن فإنه يتسلم نصيبه تسليماً (٢) مشاعاً عند الأصحاب وما ذكره فى المغنى من منع التسليم فى هذه المسألة فهو يرجع الى أنه لا يتسلم العين كلها وهذا صحيح وقد صرح به القاضى فى الخلاف والجامع الصغير: والوجه الثانى أنه لا يعتق واحد منهما حتى يؤدى ان جميع مال الكتابة وهو قول أبى بكر وابن أبى موسى ونقل مهنان أحمد ما يشهد له واختلفوا (٣) فى مأخذه قليل لأن الكتابة عتق معلق بشرط فلا يقع إلا بعد كمال شرطه وهو ما هنا أداء جميع المال وهذا بعيد (٤) على أصل أبى بكر لأنه يرى أن الكتابة عقد معاوضة عتق لا تملق فيها بحال، وقيل لأن كل واحد منهم كفيل ضمان عن صاحبه فلا يعتق حتى يؤدى جميع ما عليه، وقيل لأنها صفقة واحدة فلا تتبعض وهذا قد يرجع الى الضمان أيضاً كأنه التزم كل واحد منهما الألف عنه وعن صاحبه فيكون توزيعاً للفرد على الجملة إذ لو لم يلزم أحدهما أداء جميع المال [لما] وقف عتقه على أدائه. وقد اختلفت كلام القاضى وابن عقيل فى ضمان كل منهما عن الآخر ففياه تارة وأثبتاه أخرى، ونقل ابن منصور عن أحمد فى رجل له على قوم حق أنه كتب فى كتابهم أنهم شئت اخذت بحق منه يأخذ أيهم شاء ومفهومه أن الغرماء لاضمان بينهم بدون الشرط بكل حال (ومنها) لو وضع المقرانان الرهن على يدى عديدين وكانا عيتين منفردين أو كان مما يقسم كالسكيل والموزون فهل لما انقسامه وانفراد كل واحد منهما بحفظ نصيبه (٥) أم لا على وجهين: أحدهما يجوز ذلك قاله القاضى فى المجرد توزيعاً للفرد على المفرد فيكون كل واحد منهما أميناً على نصفه وصرح القاضى بذلك، وعلى هذا فهو دفع أحدهما النصف المقسوم الذى يده الى الآخر قلف فى يده فهل يضمته على احتياجه ذكرهما القاضى لأنه انفرد به بعد القسمة

(١) فى نسخة ٧١١ مانصه من الضرر بمعنى ان المعين تكون الخ. (٢) فى ٧١١ تسليماً

(٣) فيها: واختلف (٤) فيها: يبعد (٥) فى ٧١١ نصفه

بخلاف ما إذا سلم الكل قبل القسمة فإنه لا يضمن كذا قال القاضي . وقال مرة أخرى : يضمن نصفه أيضاً : والثاني لا يجوز اقتسامه بل يتعين حفظه كله على كل واحد منهما مجتمعين وهو قول القاضي في خلافه وابن عقيل وصاحب المغنى والتلخيص لأن المتراهنين إنما رضيا بحفظهما جميعاً فلا يجوز لهما الافراد كالوصيين والوكيل في البيع وعلى هذا يخرج الوديعة لاثنتين والوصية بالنسبة الى الحفظ خاصة دون التصرف فإنه لا يستقل أحدهما بشئ منه . وقد روى عن أحد ما يدل على جواز انفراد كل واحد منهما بنصف التصرف فنقل عنه حرب فيمن قال لرجلين تصدقا عني بالفى درهم من ثاقى فآخذ كل واحد الفأ تصديق بها على حدة ليكون اسهل عليهما فلم ير به بأساً . وهذا قد يختص بالصدقة للحصول المقصود منها بالانفراد بخلاف غيرها من التصرفات التى يقصد الحظ والتبقة والسكسب . قال في التلخيص ولو وكل اثنين فى المعاصمة لم يكن لواحد الاستبداد بها كالوصيين ووكل التصرف ويحتمل أن يكون له لأن العرف فى الخصومة يقتضيه بخلاف غيرها انتهى . وقال [القاضي] أيضاً : ولو تعدد المعين فاحتمالان يعنى فى تعدد الصفقة واتحادها (ومنها) الضمان فإذا ضمن اثنان دية رجلى لفرجه فهل كل واحد منهما ضامن لجميع الدين أو بالحصصة على وجهين : أحدهما كل منهما ضامن للجميع نص عليه أحمد فى رواية منها فى رجل له على رجل ألف درهم فكفل بها كفيلاً كل واحد منهما كفىل ضامن فأيهما شاء أخذ جميع حقه منه وكذلك قال أبو بكر فى التنبيه (١) فيمن قال لرجل اتى متاعك فى البحر على أنى وركبان السفينة ضمنا فالفاه ضمنه دونهم إلا أن يتلوخوا بالضمان معه ، وقد يكون مأخذ أبى بكر أن هذا من باب التفرير فإنه إنما الفاه ضمناً (٢) منه ان قيمته ترد عليه اعتياداً على قول هذا القائل فلذلك لزمه الضمان وعلى هذا فيفرق بين أن يكون صاحب المتاع عالماً بالحكم أو جاهلاً [به] . والوجه الثانى أن الضمان بالحصصة إلا أن يصرحوا بما يقتضى خلافه مثل أن يقولوا ضمنا لك ، وكل واحد منا الألف التى لك على فلان فإن كل (٣) واحد يلزمه الألف حيثئذ . وأما مع اطلاق ضمان الألف منهم بالحصصة وهذا قول القاضي فى المجرد والخلاف وصاحب المغنى وذ كر ابن عقيل فى المسألة احتمالين وبناءه للقاضى على أن الصفقة تعدد بتعدد الضامنين فيصير الضمان موزعاً عليهما وعلى هذا فلو كان المضمون ديناً مساوياً على رجلين فهل يقال كل واحد منهما ضامن لنصف الدينين أو كل منهما ضامن لأحدهما بانفراده ؟ إذا قلنا بصحة ضمان الميهم يحتمل وجهين الأول أشبه بكلام الأصحاب وشبه بهذه المسألة

(١) فى ٧١١ فى السفينة ولعله الصحيح (٢) كذا ولعله تصحيف ظناً منه (٣) فى نسختنا فإن

كان واحداً الخ . والتصحيح عن ٧١١

ماذا كفل اثنان شخصا لآخر فسله أحدهما الى المكفول له فهل يبرأ الكفيل الآخر أم لا على وجهين : أشهرهما أنه لا يبرأ لأنهما كفالتان والوثيقتان اذا انحلت احدهما بغير توفية بقيت الأخرى كالضامين اذا برى (١) أحدهما وهذا قول القاضى وأصحابه . والثانى يبرأ لأن التوفية قد وجدت بالتسليم فهو كما لو سلم المكفول نفسه أو وفى أحد الضامين الدين وهو احتيال فى الكافى وقول الأرحمى فى نهايته وهو ظاهر كلام السامرى فى فروقه وهو يعود الى أنها كفالة واحدة والأظهر انهما ان كفلا كفالة الاشتراك فان قالوا كفلتنا لك زيداً نسله اليك فاذا سلبه احدهما برى الآخر لأن التسليم الملتزم واحدهما كإداء أحد الضامين للدال ، وان كفلا كفالة انفراد واشترك بان قال كل واحد منا كفيل لك يزيد فكل منهما ملتزم له احضاراً فلا يبرأ بدونه مادام الحق باقياً على المكفول فهو كما لو كفلا فى عقدين متفرقين وهذا قياس قول القاضى فى ضمان الرجاء للدين .

واعلم أن عقود التوفقات والإمانات اذا اشتملت على جمل فانه يمكن فيها توزيع أفراد الجملة أو اجزائها على أفراد الجملة المقابلة لها أو على أجزاء العين المقابلة لها فيقابل كل مفرد لمفرد أو كل مفرد لجزء أو كل جزء لجزء ، ويمكن توزيع كل فرد من الجملة على مجموع أفراد الجملة الأخرى أو أجزائها فيثبت الاشتراك بالاشاعة ويكون العقد على هذين الاحتمالين واحداً ويمكن أن يثبت حكم التوفقة والإمانة بكأله لكل فرد فرد فيكون هاهنا عقود متعددة وقد ذكرنا فى هذه المسائل التفريع على هذه الاحتمالات الثلاث : فاما عقود التملكيات فلا يتأتى فيها الاحتمال الثالث ولو قيل تعدد الصفقة فيما تعدد المتعاقدين لاستحالة أن يكون الملك ثابتاً فى دين واحدة للمالكين على الكمال ، وانما يقع التردد فيما بين الاحتمالين الأولين . ويستثنى من ذلك صورتان . أحدهما أن يوصى بعين لزيد ثم يوصى بها لعمرو ويقول ليس برجوع كما هو المشهور من المذهب فيكون كلاهما مستحقاً للعين بكألهما ويقع التزاحم فيشتركان فى قسمها ، فلو مات احدهما قبل الموصى أو رد لاستحقاق الآخر بكألهما . والثانية أن يقف على قوم معينين أو موصوفين ثم على آخرين بعدهم فان كل واحد من الطبقة الأولى مستحق لجميع الوقف بانفراد حتى لو لم يبق من الطبقة سواء لاستحقاق الوقف كاهكذا ذكره القاضى والأصحاب ، وقد نص عليه أحمد فى رواية يوسف ابن أبى موسى ومحمد بن عبيد الله المنادى فيمن وقف شعبة على ولده وأولادهم (٢) وأولاد أولادهم أهداماتنا ساوا فان حدث بواحد منهم حدث الموت دفع ذلك إلى ولدوله يعنى الواقف وولد أولادهم يجرى ذلك عليهم ماتنا ساوا وقد ولده هؤلاء القوم الذين وقف عليهم أولادهم يدخلون مع آبائهم

(١) فى ٧١١ إذا أبرأ (٢) فى الأصل وأولادهم وأولادهم (مرة بعد أخرى) والصحيح عن ٧١١

في القسمة أو يصير هذا الشيء إليهم بعد الموت ، وت آبائهم ومن مات منهم ولم يخلف ولدا يرجع نصيبه إلى إخوته أم لا ؟ قال يجرى ذلك على الولد وولد الولد يتوارثون ذلك حتى لا يكون للبنت ولد فيرد على الباقيين من إخوته وظاهر كلامه أنه يكون ترتيب أفراد بين كل ولد ووالده لقوله يتوارثون ذلك. وجعل قول الواقف من مات عن ولد فنصيبه لولده مقتضيا لهذا الترتيب ومنحصرا لعموم أول الكلام المقتضى للتشريك ، وقد زعم الشيخ مجد الدين أن كلام القاضي في المجرى يدل على خلاف ذلك وأنه يكون مشتركا بين الأولاد وأولادهم ثم يضاف إلى كل ولد نصيب والده بعد موته ، وليس في كلام القاضي ما يدل على ذلك لمن راجعه وتأمله . وأما قوله حتى لا يكون للبنت ولد فيرد على الباقيين من إخوته فيعني به أن من مات عن غير ولد فنصيبه لإخوته وهذا قد يدل لما ذكره الأصحاب أن من مات من طبقة انتقل نصيبه إلى الباقيين منها باطلاق الواقف وقد يقال لا دلالة فيه على ذلك لأن هذا الواقف وقف على ولده وولد ولده أبدا بالتشريك فلم تركنا هذا لشركنا بين الباطون كلها لكنه استثنى من ذلك أن من مات عن ولد فنصيبه لولده ففهم منه أن الولد لا يستحق مع والده فيبقى ماعداه داخلا في عموم أول الكلام فاستحقاق الأخوة هاهنا متلقى من كلام الواقف ومثل هذا لاتزاح فيه ، أما النزاع فيما إذا لم يدل كلام الواقف عليه ولا يقال قد دل كلام الواقف عليه حيث جعله بعد تلك الطبقة لطبقة أخرى فلم يجعل للثانية حقا فيه مع وجود الأولى فدل على أن الأولى هي المستحقة مادامت موجودة لأنه قد يجاب عنه بأن نفى استحقاق الثانية مع وجود الأولى لا يدل على أن الأولى هي المستحقة بلجميعه لجواز صرفه ، مصرف المنقطع إلا أن هذا بعيد من مقصود الواقف والأظهر من مقصوده ما ذكرنا في هذا يكون عوده إلى بقية الطبقة مستفادا من معنى كلام الواقف ويشبه ذلك ما لو وقف على فلان فاذا انقرض أولاده فعلى المساكين فل يكون بعد موت فلان لأولاده ثم من بعدهم على المساكين أو تصرف بعد موت فلان مصرف المنقطع حتى تنقرض أولاده ثم يصرف على المساكين على وجهين مذكورين في الكافي والأول قول القاضي وابن عقيل ، ولنا في المستثناة سلك آخر وهو أن يقال الوقف تحييس للمال في وجوه البر والموقوف عليهم هو المصرف المعين لاستحقاقه فلا يمنع أن يستحقه لكل واحد منهم بانفراده ، ويقع التزاحم فيه عند الاجتماع بخلاف التملكيات المحضة فإنه يستحيل أن يملك كل واحد من المملكين جميع ما وقع فيه التملك ، وهذا على قولنا أن الموقوف عليه لا يملك عين الوقف أظهر ويتعلق بهذا من مسائل التوزيع ما إذا وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده أبدا فهل يقال لا ينتقل إلى أحد من أولاد أولاده

الابعد انقراض جميع اولاده أو ينتقل بهد كل ولد الى ولده ؟ المعروف عند الاصحاب الاول وهو الذى ذكره القاضى وأصحابه ومن اتبعهم . وحكى الشيخ تقي الدين رحمه الله وجه آخر بالثانى ووجهه فعلى الاول يكون من باب توزيع الجلة على الجلة ، وعلى الثانى يكون من باب توزيع المفرد على المفرد ، ويشهد لهذا من كلام أحد ما رواه عنه يوسف بن أبى موسى ومحمد بن عبيد الله الثانى (١) فى رجل أوقف ضيعة على أن لعلى بن اسمعيل ربع غلتها مادام حيا وربع منها لولد عبد الله وولد محمد وولد أحمد بينهم بالسوية وإن مات على بن اسمعيل فوزعوا هذين الربيعين بين ولده وولد الثلاثة ففعلوا ذلك . ثم إن بعض ولد على بن اسمعيل مات وترك ولداً كيف نصنع بتبنيه يدفع الى ولده أو يرد على شركائه ولم يقل الميت إن مات على بن اسمعيل دفع الى ولد ولده إنما قال ولد على بن اسمعيل . قال الامام أحمد يدفع ما جعل لولد على بن اسمعيل الى ولده فإن مات بعض ولد على بن اسمعيل دفع الى ولده أيضاً لأنه قال بين ولد على بن اسمعيل وهذا من ولد على بن اسمعيل فدل هذا الكلام على أصاين أحدهما أن ولد الولد داخل فى مسمى الولد عند الاطلاق . والثانى أنه إنما يستحقه ولد الولد بعد موت أبيه ويختص به دون طبة أبيه المشار كين له حيث ذكر [إن] على بن اسمعيل توفى عن ولد وإن بعض ولده توفى عن ولد ونقل الى هذا الولد نصيب أبيه مع وجود المشار كين للاب من اخوته ، ووجه هذا أنه لما رتب بين على ابن اسمعيل وولده ولم يجعل لولده شيئاً إلا بعد موته فكذلك ينبغى أن يكون الترتيب بين ولده وولد ولده وهذا خلاف ما ذكره الاصحاب من الوجوب فى كيفية استحقاق ولد الولد اذا قبل بدخوله فى مطلق الولد هل يستحق مع الولد مشركا أو بعد انقراض الولد كلهم مرتبات رتيب طبقة على طبقة فإن أحدهما مرتبات رتيب أفراد بين كل ولد وولده فيؤخذ من ذلك أن من وقف على أولاده ثم على أولادهم أبداً أن يكون مرتبا بين كل والد وولده وبين بقية طبقة ، وقد يفرق بينهما بان الوقف هنا أولا كان بين شخص وولده فروعى هذا الترتيب فى استحقاق ولده وولد ولده وليس فى طبقة بعد طبقة ولكن سنذكر من كلام أحمد فى مسألة التدبير ما يحسن تخرج هذا الوجه منه إن شاء الله تعالى (ومنها) إذا علق طلاق نسائه أو علق رقيقه على صفات متعددة فوجد بعضها من بعض وباقيها من بعض آخر فهل يكفى فى وقوع الطلاق والعتاق مع قطع النظر عن الحنفى بوجود بعض الصفة فإن الاصحاب فى الاكتفاء ببعض الصفة فى الطلاق والعتاق طارفاً ثلاثة ، أحدها أنه يكتفى بها كما يكتفى بذلك فى الحنفى فى التبيين وهى طريقة القاضى واستثنى فى الجامع من ذلك أن تكون (١) تقدم اختلاف النسخ فى اسم أبيه والصحيح عيد الله كما هنا .

الصفة معارضة . والثانية لا يكتفى بها وإن اكتفينا ببعض المحلوف عليه في الحث لأن هذا شرط ومشروط وعلّة ومعلول فلا يترتب الأثر إلا على تمام المؤثر وهي طريقة ابن عقيل وصاحب المغني .
والثالثة إن كانت الصفة تنفي قطعاً أو تبها أو تصديقاً أو تكذيباً فهي كاليتين وإلا فهي علة محضة فلا بد من وجودها بكالها وهي طريقة صاحب المحرر . والقاضي يفرع على اختياره في ههنا المسائل فقال فيما إذا قال لعبيده إذا أدبتم إلى الفأ فاتم أحرار عتق كل واحد منهم بأداء حصته ، وكذلك إذا قال لعبيده إذا دخلتم الدار فاتم أحرار عتق من دخل منهم لأن وجود الصفة تقوم مقام جميعها ففي أدّى واحد منهم عتق هكذا ذكره في باب الكتابة ورده الشيخ مجد الدين وقال هو عندي خطأ يقيناً لأن هذه الصفة لا تشتمل على منع ولا حث انتهى . وعندى أنه لو صح الاكتفاء ببعض الصفة ههنا لم يصح ما قاله القاضي ولم يفرع على الاكتفاء ببعض الصفة إذ لو كان التفرع على ذلك لعتقوا كلهم بأداء بعضهم لبعض الألف وبدخول بعضهم الدار وهذا خلاف قول القاضي وإنما يتوجه ما قاله القاضي على أن يكون من باب توزيع المفردات على المفردات فكانه قال من دخل منكم الدار فهو حر ومن أدى إلى حصته من الألف فهو حر ، وهذا لا تعلق له بمسئلة الاكتفاء ببعض الصفة وكلام أحد يدل على اعتبار هذا التوزيع في مثل هذه التعليقات ، فانه نص في رواية مهنا في عبد بين رجلين قال له إذا متنا فانت حر ثم مات أحدهما عتقت حصته فقط ، فإذا مات الآخر عتقت حصته . قال أبو بكر لانهما كالمعتقين على انفرداهما وهذا هو المذهب عند أبي بكر وابن أبي موسى وتعليل أبي بكر يدل على أنه جملة من باب توزيع المفرد على المفرد كأنهما قالوا ان مات أحد منا فنصيبه منك حر ، وتناول القاضي ذلك على أن العتق حصل بوجود بعض الصفة ورده الشيخ مجد الدين بأن الصفة إنما يكتفى ببعضها إذا كانت في معنى التمين يقتضى حصناً أو منعاً وما لم يكن كذلك كطلوع الشمس وقدم زيد فلا يكتفى فيه ببعض ، ونقل الإجماع عليه وهو مردود من وجه آخر وهو أنه لو اكتفى ببعض الصفة لعتق العبد كله عليها بموت أحدهما ولم يكن وجه لعتق نصيب أحدهما وإنما لم يسر إلى نصيب صاحبه لأحد أمرين إما لأن السراية تمنع بعد الموت كما هو إحدى الروايتين أو لأن التدبير يمنع السراية وهو أحد الوجهين . وخرج الشيخ مجد الدين المسئلة على روايتين من مسئلة تعلق العتق على صفة بعد الموت فإن في صحته روايتين : أحدهما يصح هذا التعليق ولا يعتق منه شيء ههنا حتى يموت الآخر منهما فيعتق العبد كله حينئذ . والثانية لا يصح هذا التعليق ولا يعتق به شيء من العبد هاهنا لأن كلا منهما عتق عتقه على موته وموت شريكه ولا يوجد إلا بعد موته ، ولكن هاهنا قد يمكن اجتماع موتهما في آن واحد فلا يتوجه

ابطال التعليق من أصله بخلاف قوله ان دخلت الدار بعد موتى فانت حر . ومن هذه المسائل : لو قال لزوجتي ان دخلتي هاتين الدارين أو كلتني زيدا وعمرنا فأتينا طالقان فكلمت احدهما زيدا والاخرى عمرنا أو دخلت كل واحدة منهما دارا وقلنا لا يكفي ببعض الصفة فهل تطلقان أم لا ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو الخطاب ومن بعده من الأصحاب وجعل أبو الخطاب المذهب الوقوع وانما ذكر الاخرى تخريجا ومذهب الحنفية والمالكية الوقوع وهو واحد وجهي الشافعية مع قولهم وقول الحنفية ان بعض الصفة لا يكفي في الحنث فلم بذلك أن هذا ليس مفرعا على الاكتفاء ببعض الصفة . ويخرج في مسألة التدبير السابقة ان تطلقا هنا كل واحدة بدخول الدار عقب دخولها ولا يتوقف طلاقها على دخول الاخرى لأن معنى كلامه من دخلت منكنا دارا من هاتين الدارين فهي طالق ويخرج من هذا القول هاتنا فيما اذا قال لها ان حستما فأتينا طالقان وجهان كل واحدة تطلق بحسب نفسها وان لا يشترط ثبوت حيض كل واحدة منهما بالنسبة اليها بل يكفي ثبوت حيضها في حقها بقرارها . وكذلك في قوله ان شتتاتنا طالقان فشامت احدهما ، أو ان حلفت بطلاقكما فأتينا طالقان ثم حلف بطلاق احدهما انها تطلق . ومن المعجب ان القاضي لم يفرع شيئا من هذه المسائل على اختياره في الاكتفاء بوجود بعض الصفة مطلقا سواء اقتضت حثا أو منعاً أو كانت تعليقاً محضاً ، ومضى قوله ان يطلقا هاتنما بوجود حيض احدهما ، ومشية احدهما ، والخلف بطلاق احدهما في هذه المسائل (ومنها) اذا قال لزوجاته الأربع اوقعت يتيكن أو عليكن ثلاث طلاقات فهل تقسم كل طلاقة على الأربع أرباعاً ثم يكمل فيقع بين الثلاث جميعاً أو يوزع الثلاث على الأربع فيلحق كل واحدة ثلاثة أرباع طلاقة ثم تكمل فتطلق كل واحدة منهن طلاقة على روايتين : والاولى اختيار أبي بكر والقاضي : والثانية اختيار أبي الخطاب وصاحب المغني . قال لأن القسمة بالاجزاء انما تكون في المختلفات كالدور ونحوها فاما الجمل المتساوية من جنس كالنقد فانها تقسم برء وسهاويكمل النصيب كل واحدة كاربعة لهم درهمان صحيحان يقسم لكل واحد نصف من درهم واحد فكذلك الطلاقات ويمكن الاولين الجواب عن هذا بان هذه القسمة لا تتم الاشتراك في الاستحقاق من كل جزء ولهذا قيل في قسمة الاموال المشتركة انها بيع ومتى ثبت استحقاق كل واحد من الشركاء لجزء من كل عين قبل القسمة توجه وقوع الطلاق الثلاث هاتنا بكل واحدة نألو مات زوج المرأة وخلف اخوتها ارقاء مع عبيد اخر فانه يعتق عليها من كل أخ لها بنسبة نصيبها من الميراث وان كان نصيبها لا يستوعب قيمة الجميع . ولو قالانن طراقي ثلاثا طلق كلهن ثلاثا ثلاثا فص عليه في رواية ابن منصور ، ولم يذكر القاضي فيه خلافاً لأنه

أضاف الثلاث الى الجميع وفي الصورتين الاولتين أرسل الثلاث يتيهن أو عليهن. ويتوجه تفريج الخلاف فيها أيضاً لأن إضافة الثلاث اليهن لا يتنافى أن يوزع الثلاث على مجموعهن لا على كل واحدة منهن . وما يدخل في هذا الباب قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية فهل المراد توزيع مجموع الصدقات على مجموع الاصناف أو كل فرد من أفراد الصدقات على مجموع الاصناف . وينبغي على ذلك مسألة وجوب استيعاب الاصناف بكل صدقة وفي ذلك روايتان اشهرهما أنه غير واجب . وهل يجب على الامام اذا اجتمعت عنده الصدقات أن يعم الاصناف منها أم لا قال ابن عقيل يجب ذلك لتحصل التوفية باستيعاب الاصناف بمجموع الصدقات كما دلت عليه الآية . وقال القاضي يستحب ذلك ولا يجب لأن حق بقية الاصناف يسقط باعطاء الملاك لهم وايضاً فليس في الآية ايجاب الاستيعاب لصدقات كل عام فيجوز تعويضهم في كل عام آخر ، وما يدخل فيه أيضاً قوله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير ربة) الآية هل اقتضيت مقابلة مجموع المظاهرين لمجموع [نسائهم وتوزيعه مع كل مظاهر على زوجته أو مقابلة كل فرد من المظاهرين بمجموع] (١) نسائه المظاهر منهن ؟ قرأ أبو الخطاب وغيره من أصحابنا الثاني واستبدل على أن المظاهرة من جميع الزوجات بكلفة واحدة لا يوجب سوى كفارة واحدة وكذلك قال في قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم واخواتكم) إلى آخر الآية ، أن المراد حرمت على كل واحد بناته واخواته وعماته وخالاته فاما الامهات فحملها في مقابلة الافراد بالافراد قال لانه لما لم يتصور أن يكون الواحد أمان علم أنه أراد الواحد في مقابلة الواحد أما ما احتمل الجمع في مقابلة الواحد فانه عمل حيلة ، والظاهر والله أعلم أن الكل مما قول في الواحد بالواحد والجملة بالجملة وان المعنى حرمت على كل واحد أمه وبنته وأخته إذ لو أريد مقابلة الواحد بالجمع لحرمت على كل واحد امهات الجميع وبناتهم وهو باطل قطعاً

(القاعدة الرابعة عشر بعد المائة)

اطلاق الشريعة هل ينزل على المناصفة أو هو مبهم يقتصر الى تفسيره فيه وجهان ذكرهما صاحب التلخيص في البيع . والذي ذكره الاصحاب في الاقرار أنه مبهم وكذلك صرح به ابن عقيل في نظرياته مختاراً . وقال القاضي في المجرد في البيع في خلافه أيضاً ينزل على المناصفة (٢) وهل يقال باستحقاق الشريك من كل جزء أو بالتشاطر يحتمل وجهين وكلام الاصحاب يدل على التشاطر ،

(١) الزيادة عن نسخة ٧١١ (٢) فيها على المفاضلة

ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو قال لمشتري سلعة اشركني في هذه السلعة فهل يصح وينزل على المناصفة أم لا للجهالة على وجهين ذكرهما في التلخيص ، والمجزوم به في المحرر الصحة تنزيلاً على المناصفة (ومنها) لو قال هذا العبد شركة بيني وبين فلان أو هو شريكى ، فيه وجهان المجزوم في الاقرار بالا بهام ويرجع في تفسيره اليه وهو اختيار ابن عقيل وقال القاضى في خلافه هو بينهما نصفين (ومنها) لو أوقع طلاقاً ثلاثاً بامرأة له ثم قال للآخرى شركتك معها فان قلنا بالمناصفة اقتضى وقوع اثنتين وان قلنا بالا بهام لم يقع أكثر من واحدة لأنها اليقين إلا أن يفسره بأكثر من ذلك ويحتمل أن يقع ثلاثاً بناء على [أن] الشركة تقتضى الاستحقاق من كل جزء . وقد يقال هذا انما يمكن في التليكات دون الطلاق فان حقيقة الاشتراك في طلاق الأولى لا يمكن لحمل على استحقاق نظيره أما لو تعدد الشركاء فهل يقال يستحق الشريك مثل نصف ما لهم أو مثل واحد منهم على وجهين ذكرهما القاضى في البيع وبني عليهما لو اشترى اثنان شيئاً ثم اشركا ثالثاً فيه فهل له نصفه أو ثلثه على وجهين ، وخرج صاحب الترغيب والتهيب مجد الدين في المسودة الوجهين فيما اذا قال ثلاث نسوة أو وقعت بينكن طلاقاً ثم قال لرابعة أشركتكم معهن هل يقع بها طلاق واحدة أو طلقنتين على الوجهين .

(القاعدة الخامسة عشر بعد المائة)

الحقوق المشتركة بين اثنين فصاعداً نوعان : احدهما ما يقع استحقاق كل واحد بانفراده لجميع الحق ويتزاحمون فيه عند الاجتماع . والثاني ما يستحق كل واحد من الحق بمحصنة خاصة وللأول أمثلة كثيرة :

(منها) الشفعاء المجتمعون كل منهم يستحق الشفعة بكمالها فاذا عفى احدى عن حقه توفر على الباقي (ومنها) غرماء المفلس الذى لا يفي ماله بدين كل واحد على انفراده وهم كالشفعاء (ومنها) الاولياء المتساوون في التكاح (ومنها) العصابات المجتمعون في الميراث . ويتفرع على ذلك لو اجتمع اثنان نصف كل واحد منهما حر فهل يستحقان الممال كله أم لا على وجهين . أحدهما يستحقان جميع المال رجحه القاضى والسامرى وطائفة من الأصحاب ، وله مأخذان أحدهما جمع الحرية فيها فيملك بها حرية ابن وهو مأخذ أبى الخطاب وغيره والثاني أن حق كل واحد منهما مع كمال حريته في جميع المال لا في نصفه وإنما أخذ نصفه لمزاحمة أخيه له . وحيث قد أخذ كل واحد

منها نصف المال هنا وهو نصف حقه مع كمال حريته فلم يأخذ زيادة على قدر ما فيه من الحرية والوجه الثاني لا يستحقان المال كله ثلاثستوى [حال] حريتهما الكاملة والمبعضة وهل يستحقان نصفه تنزيلا لما حالين أو ثلاثة أرباعه تنزيلا لما ثلاثة أحوال على وجهين ، ولو كان ابن نصفه حراً مع أم فعلى المأخذ الثاني في الوجه الأول يتوجه أن يأخذ نصف المال كله وهو أحد الوجوه للاصحاب ورجحه الشيخ تقي الدين وذكر أنه اختيار آية . وقيل يأخذ نصف الباقي بعد ربع الأم وهو اختيار أبي بكر والقاضي في خلافه . وقيل يأخذ نصف ما كان يأخذه حال كمال الحرية وهو هنا ربع وسدس وهو الذي ذكره إبراهيم الحربي في كتاب القرائض واختاره القاضي في المجرد وابن عقيل وصاحب المحرر لأن القدر الذي حجب عنه الأم يستحقه كله وإنما ينصف عليه ماعده (ومنها) ذوو القروض المجتسمون المزدحمون في فرض واحد كالزوجات والجدات ، ويتفرع على هذا إذا اجتمعت جدتان أم أم وأم أب مع ابنا الأب وقتلنا أنه يجبها فهل تستحق الأم السدس كله أو نصفه على وجهين ، أحصهما أنها تستحق السدس كله لزوال المزاحمة مع قيام الاستحقاق لجميعه ، والثاني يستحق نصفه وله ماخذان : أحدهما أن الأب تصحبها عن السدس الى نصفه فلا أثر لكونها محبوبة كما يجب بولد الأم مع انحصارهم بالأب وفيه نظر ، فإن حجب (١) الأم إنما هو بطريق المزاحمة ولا مزاحمة لها وحجب الأخوة للام ليس بالمزاحمة فانهم لا يشاركونها في فرضها وإنما وجودهم هو مقتضى لتتقصص فرضها .

والثاني أن أم الأب لها مع أم الأم نصف السدس فلما حجب الأب أمه توفر ذلك عليه لا على الأخرى ، ورد بأن ولد الأم يحبون الأم عن السدس ثم لا يأخذونه بل يتوفر على الأب ، وقد يحجب عنه بأن ولدا الأم لما كانوا محبوسين بالأب توفر ما حجبوا عنه الأم على من حجبهم وهو الأب كذلك هنا (ومنها) الوصايا المزدحمة في عين أو مقدار من المال فإن حق كل واحد منهم في مجموع وصيته وإنما يأخذ دون ذلك للمزاحمة فإذا رد بعضهم توفر على الباقي وإن أجاز الورثة بعض الوصايا دون بعض فهل يعطى المجازله القدر الذي كان يأخذه في حال الاجازة للكل أو يكمل له الجزء المسمى في الوصية كله إن أمكن لقيام استحقاقه له وقد أمكن وصوله اليه بزوال المزاحمة بالرد على غيره فيه وجهان ، صحح صاحب المحرر الثاني ومن رجع الأول قال القدر المزاحم به كان حقاً للمزاحم فإذا رده الورثة عليه توفر عليهم لا على الوصية الأخرى ويشهد للأول ما ذكره الخرقى وابن حامد والقاضي والاصحاب فيمن وصى لرجل بسد قيمته تلك ماله ولا خير بثلك (١) في ٧١١ : حجب الجدات .

ماله فان أجزاه الورثة فللموصى له بالعبد ثلاثة أرباعه لمواحة الآخر له فيه ولصاحب الثلث ربع العبد وثلث باقى المال وان ردوا قسم الثلث بينهما نصفين فياخذ صاحب وصية العبد بقدر سدس المال كله من العبد وياخذ الآخر سدس العبد وسدس باقى المال لزوال المواحة بالرد فامكن وصول كل منها الى نصف مسمى له كقوله فلا ينقص منه ، وخرج صاحب المحرر وجهاً آخر من الوجه الثانى فى المسألة التى قبلها أنه يقسم الثلث بينهما على حسب ما كان يقتسمان وصيتهما حال الاجازة فيفضل نصيب صاحب الثلث على نصيب صاحب العبد وهو اختيار صاحب المغنى نسوية [بينهما] فى الرد والاجازة ، وفى تخرىج هذا من المسألة التى قبلها نظر لأن الورثة هناك قد يكون مقصودهم بالرد على أحدهما توفير ما كان يأخذه بالمواحة عليهم كما لو اجازوا لصاحب الوصية بالكل ورددوا على الموصى له بالثلث فلو أعطينا صاحب الكل ماردوه على صاحب الثلث لم يبق فى ردهم فائدة لهم . وهنا لا يخرج عنهم سوى الثلث فينبغى أن تقسم الوصيتان على قدرهما عملاً بمزاد الموصى من التسوية حيث أمكن ولا ضرر على الورثة فى ذلك (ومنها) استحقاق الفائتين من الفئمة متى رد بعضهم 'توفر على' الباقيين وسواء قلنا ملكوه بالاستيلاء أو لم يملكوه (ومنها) الموقوف عليهم اذا رد بعضهم 'توفر على' الباقيين كما لو مات بعضهم وقد سبقت (ومنها) حد القذف الموروث لجماعة يستحق كل واحد بانفراده فاذا أسقطه بعضهم فللباقين استيفاءه .

وأما النوع الثانى فله أمثلة :

(منها) عقود التملكيات المضافة الى عدد فذلك كل واحد منهم بمحضته لاستحالة أن يكون كل واحد منهم مالكا لجميع العين . ثم هاهنا حالتان : احدهما أن يكون التملك بدوئى مثل أن يبيع من رجلين عبداً أو عبيدين بشئ فيقسم الشراء بينهما نصفين ويلزم كل واحد نصف الثمن وان كان لاثنتين عبدان مقردان لكل واحد عبد فباعهما من رجلين صفقة واحدة لكل واحد عبداً معينا بشئ واحد فبقي صحة البيع وجهان اصحهما وهو المنصوص الصحة وعليه فيقتسمان الثمن على قدر قيمتى العبدين ، وذكر القاضى وابن عقيل وجهاً آخر أنهما يقتسمانه على عدد رؤوس المبيع نصفين تخریجاً من أحد الوجهين فيما اذا تزوج أرباعاً فى عقد بمهر واحد أو خالعين بدوئى واحد أنه يكون بينهما أرباعاً وهو هاهنا بعيد جداً لأن البضع ليس بماله محض فتكيف سوى به الاموال المبغى بها الارباح والتكسب وخرجاه أيضاً فى الكتابة وهو أقرب من البيع إذ الكتابة فيها معنى العتق . الحالة الثانية أن يكون بغير عوض مثل أن يهب لجماعة شيئاً أو يملكهم إياه عن

زكاة أو كفارة مشاعاً في الكفارة فقياس كلام الأصحاب في التليك بموضع أنهم يتساوون في ملكه ، وحكى صاحب المغني فيما اذا وضع طعاماً في الكفارة بين يدي عشرة مساكين فقال هو بينكم بالسوية قبلوه ، ثلاثة أوجه : أحدها وهو الذي يزم به أولاً أنه يجزئ لأنه ملكهم بالتصرف فيه والانتفاع به قبل القسمة كما لو دفع دين غرامته بينهم . والثاني وحكاه عن ابن حامد يجزئ وإن لم يقل بالسوية لأن قوله خذوها عن كفارتى يقتضى التسوية لأن ذلك حكما . والثالث وحكاه عن القاضي أنه ان علم أنه وصل اليه الى كل واحد قدر حقه أجزأ والا لم يجزه هذا مذكور . وأصل ذلك ما قاله القاضي في المجرى اذا أفرد ستمين مداً وقال لستين مسكيناً خذوها فأخذوها أو قال كلوها ولم يقل بالسوية أو قال قد ملكتموها بالسوية فأخذوها . فقال شيخنا أبو عبد الله بن حامد : يجزئ لأن قوله خذوها عن كفارتى يقتضى التسوية لأن حكم الكفارة أن يكون بينهم بالسوية فان عرف أنها وصلت اليهم بالسوية أجزأ وان علم التفاضل فن حصل معه التفضيل فقد أخذ زيادة ومن أخذ أقل كان عليه أن يكمله وان لم يعلم كيف وصل اليهم لم يجزئ وعليه استئنافها (١) لأنه لم يعلم قدم ما وصل الى كل واحد بعينه انتهى . فحكى الكل عن ابن حامد وصاحب المغني جعل الاجزاء مطلقاً قول ابن حامد واعتبار الوصول قول القاضي وليس كذلك وكذلك استشكل الشيخ مجد الدين ما وقع في المجرى وقال لعله وقع غلط في النسخة وليس كذلك أيضاً فان نقلت ما ذكرته من أصل القاضي بخطه ثم قال عندي أنا ان قلنا ملكوها بالتخيلة وأنها قبض أجزأته بكل حال قال ولعل هذا اختيار ابن حامد وهذا بعيد جداً بل اختيار ابن حامد عكسه وان الهبة والصدقة لا تملك بدون قبض ، وقد قدمنا ذلك عنه في مسائل القبوض وان القبض في المنقول بالنقل فيتوجه على هذا أنه لا بد من تحقيق قبض كل واحد لمقدار ما يجزئ ، دفعه اليه لأنه لم يملكه بدونه ولا عبرة بالايجاب لهم بالسوية وما حكاه القاضي عن ابن حامد يشعر بان اطلاق قوله خذوها هذا وهو لكم لا يجعل على التسوية ، فانه انما علل بان التسوية حكم الكفارة وهذا مخالف لما قررناه في عقود المعاوضات وأما ما حكاه في المغني من طريق الخلاف فيما لو قال هو بينكم بالسوية أو اقتصر على قوله هو بينكم البتة فليس ذلك في كلام القاضي ويخرج ذلك على أصل وهو أن اطلاق الينقرهل يقتضى التساوى لم لا وفي المسألة وجهان : أحدهما أنه يقتضيه وهو الذي ذكره الأصحاب في المضاربة اذا قال خذ هذا المال فاتجر فيه والربح بيننا يتساويان فيه وصرح القاضي وابن عقيل والأصحاب في مسألة المضاربة في أن اطلاق الاقرار بشئ أنه بينه وبين زيد

(١) في نسخة شيخنا استئنافهم والتصحيح عن ٧١١.

يتنزل على المناصفة أيضا ، وكذلك صرحوا به في الوصايا اذا قال وصيت لفلان وفلان بمائة بينهما أن لكل واحد خمسين ، ونص عليه أحد في رواية ابن منصور فيمن قال بين فلان وفلان مائة درهم وأحدهما ميت ليس للحي الا خمسون درهما وكذلك لو قال لفلان وفلان مائة درهم وأحدهما ميت وانكر قول سفيان بالتفرقة بينهما ، وهذا تصريح بان اطلاق الوصية يتنزل على التساوي كما قال بينهما : والوجه الثاني أن اطلاق البيعة لا تقتضي التساوي وبه جزم القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده في مسألة الاقرار في كتاب البيع وكذلك ذكره ابو الخطاب في الاقرار وصاحبها المعنى والمحرر (ومنها) القصاص المستحق لجماعة يقتل موروئهم يستحق كل واحد منهم بالحصصة فمن غنى منهم سقط حقه وسقط الباقي لأنه لا يتبعض . وهاتان صورتان مختلفتان هل يلحق بالنوع الاول أو الثاني كالغرامات الواجبة على جماعة بسبب واحد كالمتزك في قتل آدمي أو صيد [عمر] أو في الوطى . في الحج أو في الصيام هل يتعد عليهم الديات والجزاء والكفارة ؟ وكذلك عقود التوفقات كالرهن والضمان والكفالة وقد سبق ذكرها .

(القاعدة السادسة عشر بعد المائة)

من استند تملكه الى سبب مستقر لا يمكن ابطاله وتأخر حصول الملك عنه فهل ينمط احكام ملكه الى [أول] وقت انعقاد السبب ويثبت احكامه من حيث أن لم يثبت إلا من حين ثبوت الملك فيه خلاف وللأسئلة أمثلة كثيرة :

(منها) ملك الشفيع اذا أخذ بالشفعة وتم نخل مؤبر كان وقت البيع غير مؤبر وفيه وجهان سبق ذكرهما (ومنها) ملك الموصى له اذا قبل بعد الموت فهل يثبت له الملك من حين الموت أم لا وفيه خلاف معروف (ومنها) اذا تملك المالك للأرض زرع الغاصب بنفقته بعد بدو صلاحه فهل يجب زكاته عليه أم على الغاصب على وجهين وقد سبق في بيع الثمر قبل بدو صلاحها بشرط القطع نحو ذلك (ومنها) الفسخ بالعيب والخيار فانه يستند الى مقارن العقد فهل هو رفع العقد من أصله أو من حينه وفيه خلاف معروف (ومنها) دية المقتول هل تحدث على ملك الوارث لأنها تجب [بعد] الموت أو على ملك الموروث لأن سببها وجد في حياته على روايتين معروفتين وحكى ابن الزاغوني في الاقناع الروايتين في القصاص أيضا هل هو واجب للورثة ابتداء أو موروث عن الميت (ومنها) اذا انعقد سبب الملك أو الضمان في الحيوة وتحقق بعد الموت كنصب شبكة فوق فيها صيد بعد [موته] أو ضربا انسان فقيه خلاف سبق ذكره (ومنها) [اذا كاتب عبدا ثم مات ولم

(٣٤ - قواعد)

يؤد إليه شيئاً فادى الى ورثته وعق قبل الولاء للسيد الذى كاتبه لان عقاده فيه فى ملكه أو الورثة المؤدى اليهم لتحقق السبب فى ملكهم على روايتين والمذهب أن الولاء للسيد الاول [ومنها] اذا كاتب المكاتب عبداً فادى اليه وعق قبل أدائه أو اعتقه بمال وقتل له ذلك ففي ولايته وجان أحدهما أنه للسيد الاول وهو محكى عن أبى بكر لثبوت الولاء على هذا العتق فى حال ليس مولاه من أهل الميراث فاستقر لمولى المولى . والثانى : هو موقوف فإن أدى المكاتب الاول وعق فالولاء له لان عقاده له قبل عتقه وهو قول القاضى فى المجرد ورجح فى الخلاف قول أبى بكر حتى حتى عنه أنه لو عتق المكاتب الاول قبل الثانى فالولاء للسيد لان عقاده سبب الولاء له حيث كان المكاتب ليس أهلاً له وكلام أبى بكر إنما يدل على استقرار الولاء للسيد اذا وقعت الكتابة أو عتق المنجز ياذنه وأما ما وقع بغير اذنه فالعتق عنده موقوف على أداء المكاتب الاول فينبغى أن يكون الولاء له كولاية ذوى رحمه والذين اشترام فى حال الكتابة ، وأما العبد القن اذا عتق باذن سيده بما ملكه وقتلنا بملكه لحكى صاحب المنع عن طلحة العاتولى من أصحابنا انه موقوف فان عتق فالولاء له وإن مات قنأ فهو للسيد . وفى المجرد لقاضى أن الولاء للسيد مطلقاً ونص احمد فى رواية ابن منصور فى عبد اذن له سيده أن يتباع عبداً أو يعتقه أن ولأه لسيده وقال اذا اذنه له فكانهم هم المعتقون وهذا يدل على الفرق بين عتق المكاتب باذن سيده وعتقه بدونه كما سبق ويحتمل أن يكون مخراً على قوله ان العبد لا يملك وأنه اعتقه باذن سيده بطريق الوكالة ثم ليس فى نفسه أن العبد عتق بعد ذلك وإنما فيه أن سيده باعه . ويشبه هذه المسائل اذا أسلم الكافر على أكثر من أربع نسوة واسلن معه واختار منهن أربعاً لنفسه نكاح البواقي وهل يتبدلن العدة من حين الاختيار لأن نكاحهن إنما انفسخ به أو من حين الاسلام لأنه السبب على وجهين . فاما تصرف الفضولى اذا قلنا يقف على الاجازة فاجازة من عقد له فهل يقع الملك فيه من حين العقد حتى يكون الثم له أم من حين الاجازة على وجهين : أحدهما من حين العقد وبه قطع القاضى فى الجامع وصاحب المنع فى مسألة نكاح الفضولى : والثانى من حين الاجازة وبه جزم صاحب النهاية ولكن السبب هنا غير مستقر لا مكان زواله بالرد ويشهد للوجه الثانى أن القاضى صرح بأن حكم الحاكم المختلف فيه إنما يفيد صحة المحكوم به وانعقاده من حين الحكم وقبل الحكم كان باطلاً . ويلتحق بهذه القاعدة العبادات التى يكتفى بمحصل بعض شرائطها فى أثناء وقتها اذا وجد الشرط فى اثباتها فهل يحكم لها بحكم ما اجتمعت شرائطه من ابتدائها أم لا فيه خلاف أيضاً وينبغى عليه مسائل (منها) اذا نوى الصائم المتطوع الصوم من اثناء النهار فهل يحكم له بحكم الصيام من أوله أم حين نواه فلا يثبت على صومه الا من

حين النية على وجهين والثاني ظاهر كلام أحمد (ومنها) اذا بلغ الصبي أو عتق العبد وهما حرمان قبل فوات وقت الوقوف فهل يجزئهما عن حجة الاسلام على روايتين اشهرهما الاجزاء فقيل لأن احرامهما انقضاء ما عصى أنه قابل للنقل والاقطاع ، وقيل بل يقدر ماضى منه كالمردوم ويكتفى بالموجود منه ، وقيل ان قلنا الاحرام شرط محض كالطهارة للصلاة اكتفى بالموجود منه وان قيل هو ركن لم يكتف به .

(القاعدة السابعة عشر بعد المائة)

كل عقد معلق يختلف باختلاف حالين اذا وجد تعليقه في أحدهما ووقوعه في الآخر فهل يغلب عليه جانب التعليق أو جانب الوقوع ؟ في المسألة قولان إلا ان يقتضى اعتبار أحدهما الى ما هو متمتع شرعاً فيلغى ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) الوصية لمن هو في الظاهر وارث فيصير عند الموت غير وارث أو بالعكس والمذهب ان الاعتبار بحال الموت ولم يحك إلا كثرون فيه خلافاً فان الوصية للورثة لا يمكن أن تلزم والوصية للاجنبي بالثلث فما دون لا يمكن ان تقف على الاجازة ومنهم من حكى خلافاً ضعيفاً في الاعتبار بحال الوصية كما حكى ابو بكر وابو الخطاب رواية أن الوصية في حال الصحة (١) من رأس المال ولا يصح عن أحد وإنما أراد به العطية المتجزة كذلك قال القاضي وغيره (ومنها) اذا علق عتق عبده في صحته بشرط فوجد في مرضه فهل يعتق من الثلث أو من رأس المال على وجهين ، وحكى القاضي في خلافه روايتين واختار أبو بكر وابن أبي موسى أنه يعتق من الثلث وهذا إذا لم تكن الصفة واقعة باختيار المعلق فان كانت من فعله فهو من الثلث بغير خلاف وقد نص عليه أحمد في رواية صالح أنه إذا قال لامرأته أنت كذا وكذا ان لم أخرج إلى البصرة وقال لم تكن لي نية في تعجيل ذلك فلا تطلق حتى يكون في وقت لا يقدر أن يخرج فيه . وكذلك لو قال غلامه حر إن لم يفعل كذا وكذا فلم يكن له نية فلا يعتق حتى يكون في وقت لا يقدر أن يفعل الذي قال فاذا طلقت ورثته واعتدت واذا عتق كان من ثلثه وهكذا حكم ما اذا أعتق رجل أمته في صحته ثم وضعته في مرضه وقلنا لا يعتق الحمل الا بعد الوضع (ومنها) اذا علق طلاق امرأته في صحته على صفة فوجدت في مرضه ولم يكن من فعله فهل ترثه أم لا على روايتين والمنصوص أنها ترثه في رواية صالح ومنها والاخرى مخرجة من مسألة قذفها في الصحة وملاعتها في المرض (ومنها) اذا

(١) في نسختنا : حال الصبي

أوصى إلى الفاسق وصار عدلا عند الموت فهل يصح الوصية بناء على قولنا لا يصح إلا بإصاء إلى الفاسق على وجهين (ومنها) لو وصى لزيد بدار ثم انهزم بعض بناتها قبل الموت فهل يدخل ملك الانتفاض في الوصية على وجهين وكذا الوجهان لو زاد فيها بناء لم يكن حال الوصية ذكرك ذلك أبو الخطاب (ومنها) لو قال العبد متى ملكت عبداً فهو حر وقتنا يصح هذا التعليق من الحر كما هو المشهور من المذهب ثم عتق ثم ملك عبداً فهل يعتق على وجهين، ولو وصى المكاتب بشيء ثم عتق قبل موته فهل يصح وصيته خرجها الشيخ مجد الدين على وجهين (ومنها) لو قال العبد لزوجه إن دخلت الدار فانت طالق ثلاثاً ثم عتق ثم دخلت الدار فهل تطلق ثلاثاً أو اثنتين حيث لم يكن مالها حال التعليق لاكثر منها على وجهين (ومنها) لو علق طلاق امرأته قبل الدخول على قدوم زيد مثلاً ثم دخل بها ثم قدم زيد وهي حائض فانه يقع الطلاق بدعياً لا بمعنى الاثم به بل بمعنى امره بالمراجعة فيه ولو كان قد علق طلاقاً أو غيره على طلاق البدعة ترتب عليه ولم يحك الأصحاب فيه خلافاً، ولو قال ان قمت فانت طالق فقامت وهي حائض فهل يكون بدعياً قال في رعاية الانحصار مباح وفي الترغيب بدعى .

{ القاعدة الثامنة عشر بعد المائة }

تعليق فسخ العقد وإبطاله لوجوده ان كان فيه مقصود معتبر شرعاً صح والام يصح إذ لو صح لصار العقد غير مقصود في نفسه هذا مقتضى قواعد المذهب ، ويتخرج على ذلك مسالك :
(منها) اذا علق الطلاق بالنكاح فالمذهب المنصوص عن أحمد انه لا يصح لأن النكاح لا يقصد الطلاق عقيب العقد . واختلفت الرواية عنه فيمن حلف لزوجه ان لا يتزوج عليها بتعليق طلاق من يتزوجها عليه بنكاحها هل يصح ام لا على روايتين لأن هذا فيه حق للزوجة فيصير مقصوداً كما لو شرط أن لا يتزوج عليها فن الأصحاب من خص الخلاف بهذه الصورة ولم يخرج ومنهم من خرج في الكل روايتين . هذا كله إذا لم تكن حالة التعليق في نكاحه فان كانت في نكاحه حيثئذ وعلق طلاقها على نكاح آخر يوجد فنص أحمد في رواية ابن منصور وغيره على انه يصح هذا التعليق وحكاها القاضي في المجرد عن أبي بكر ورجحه ابن عقيل لأن التعليق هنا في نكاح ومن أصلنا ان الصفة المطلقة تتناول جميع الانكحة بإطلاقها وتعود الصفة فيها فكيف اذا قيدت بنكاح معين ولو علقه في ملك يمينه لآمنه على نكاحها بحد عتقها فنص أحمد في رواية ابن هانئ على أنه يصح معللاً بان ملك اليمين كالنكاح في استباحته الوطء فلا

يكون التعليق كتعليق نكاح الأجنبية وكذلك (١) نص فيمن أعقق أمته ثم قال لها متصلا بمنقها ان نكحتك فان طالق انه يصح لانه في هذه الحال يملك عقد النكاح عليها فقرأ فلم ينقطع آثار الملك فيه بالكلية فذلك انعدمت فيه الصفة (ومنها) تعليق العتق بالملك والمذهب المنصوص صحته لان الملك يراد للعتق ويكون مقصوداً كما في شراء ذى الرحم وغيره والخلال وصاحبه لا يثبتان في المذهب في ذلك خلافاً وابن حامد والقاضي يحكيان في ذلك روايتين (ومنها) تعليق النذر بالملك مثل ان يرزقني الله مالا فله على أن أتصدق به أو يشي منه فيصح ونقل الشيخ تقي الدين (٢) عليه بالانفاق وقد دل على ذلك قوله تعالى (ومنهم من عاهد الله لئن آتانا من فضله لنصدقن) الآيات (ومنها) تعليق فسخ الوكالة على وجودها أو تعليق الوكالة على فسخها كالوكالة الدورية ، وقد ذكر صاحب التلخيص ان قياس المذهب صحة ذلك بناء على ان الوكالة قابلة للتعليق عندنا وكذلك فسخها وقال الشيخ تقي الدين لا يصح لانه يؤدي الى أن تصير العقود الجائزة لازمة وذلك تغيير لقاعدة الشرع وليس مقصود المعلق إيقاع الفسخ وانما قصده الامتناع من التوكيل وحله قبل وقوعه والعقود لا تفسخ قبل انعقادها (ومنها) تعلق فسخ البيع بالاقالة على وجود البيع أو تعليق فسخ النكاح بالغيب على وجود النكاح وقد صرح الأصحاب بطلان ذلك منهم القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب معطين بأنه وقع العقد (٣) قبل عقده ، ومنهم من يعطل بان الفسوخ لا تقبل التعليق وقد صرح كثير منهم كالقاضي وابن الخطاب وابن عقيل وصاحب المفتى بهذا المأخذ وهو مخالف لما نص عليه أحمد في مسألة ان جئت بالثمن الى كذا وكذا والا فلا بيع بيننا انه يصح ويكون تعلقتا للفسخ على شرط وقد صرح القاضي في جوازه في البيع خاصة في خلافه ومن المتأخرين من صرح به في فسخ الاجارة أيضاً (ومنها) تعليق فسخ التدبير بوجوده وصرح القاضي في المجرد بامتناعه فيما اذا قال لامته المدبرة طما ولدت ولداً فقد رجعت في تدبيره فقال لا يكون رجوعاً لان الرجوع انما يصح في تدبير موجود هذا بعد ما خلق فكيف يكون رجوعاً كما لو قال لبعده متى دبرتك فقد رجعت لم يصح ، هذا لفظه .

(القاعدة التاسعة عشر بعد المائة)

اذا وجدنا لفظاً عاماً قد خص بعض افراده بحكم موافق للاول أو يخالف له فهل يقضى بخروج الخاص من العام وانفراده بحكمه المختص به أو يقضى بدخوله فيه فيعارضان مع اختلاف الحكم

(١) في ٧١٢ : ولذلك (٢) في ٧١١ : مجد الدين (٣) في ٧١٢ : دفع للعدة

ويتعدد سبب الاستحقاق مع إبقائه (١) هذا على قسمين :

أحدهما أن يكون الخاص العام في كلام واحد متصل فالمذهب أنه يفرد الخاص بحكمه ولا يقضى بدخوله في العام وسواء إن كان ذلك الحكم مما يمكن الرجوع عنه كالوصايا أو لا يمكن كالأقارار ، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو قال هذه الدار لزيد ولي منها هذا البيت قبل ولم يدخل البيت في الإقرار صرح به الأصحاب ، ويجيء على اختيار ابن عقيل في مسألة كان له على وقضيته أنه لا يقبل منه في القضاء أن لا يقبل هاهنا أفراد البيت لأن ماخذه أن المعطوف بالواو جملة مستقلة غير مرتبطة بما قبلها فهي دعوى مستقلة كما قالوا في قوله أنت طالق وعليك ألف أنها تطلق بنير عوض بخلاف الاستثناء والصفات فانها مع ما قبلها شيء واحد والصحيح الأول وإن المعطوف بالواو مع المعطوف عليه في حكم الجملة الواحدة وهو المنصوص عن أحد وأما أنت طالق وعليك ألف ففيها روايتان ومأخذ الوقوع بغير عوض مذكروه (ومنها) لو وصى لزيد بشيء وللساكنين بشيء وهو مسكين فانه لا يستحق مع المساكين من نصيبهم شيئاً نص عليه أحد في رواية ابن هانئ وعلى بن سعيد ونقل القاضي فيما قرأته بخطه الاتفاق على أن زيداً لا يستحق من وصية المساكين في مثل هذه الصورة وإن كان مسكيناً مع أن ابن عقيل في فتواه حتى عنه أنه خرج وجهاً آخر بمشاركتهم إذا كان مسكيناً (ومنها) لو وصى لزيد بخاتم وبفضه لآخر أو وصى لرجل بعبد وبمنافعه لآخر أو لأحدهما بالدار ولآخر بسكنائها ونحو ذلك بلفظ لا يقتضي انفراد كل واحد بما وصى له به صريحاً فقال أبو بكر في الشافي لكل واحد منهما ما وصى له به لا يشاركه الآخر فيه وحمله الشيخ جدد الدين على أنه كان في كلام واحد متصل وأخذه من مسألة الإقرار السابقة والمنصوص عن أحد هاهنا التوقف . قال منها : سألت أبا عبد الله عن رجل أوصى بعبد لرجل ثم أوصى به لآخر قال هذه مشكلة فقلت له فإن ناساً يقولون يكون العبد بينهم نصفين قال لا فقلت له فإن أوصى بدار لرجل وأوصى ببنيتها لآخر فقال هذه مثل تلك فقلت لإبي عبد الله أنه أوصى بخاتمه لرجل وأوصى بالفصل لآخر فقال وهذه أيضاً مثل تلك ولم يخبرني فيهم بشيء فتوقف في المسألة وأنكر قول من قال بالاشتراك في العبد إذا أوصى به لاثنتين وجعل حكم الوصية بالدار وغلتها والخاتم وفصه حكم الوصية بعبد لاثنتين فدل على أنه لا اشتراك في الفصل والغلة وظاهر كلامه أنه يكون للوصى له به بخصوصه لكن هذا قد يكون ماخذه أن الوصية الثانية

(١) في نسختي الدار : مع اتفاقه

رجوع عن الأولى كما أشعر به كلامه في العبد والمشهور في المذهب أن الوصية بعين مرة لرجل ومرة لغيره لا يكون رجوعاً بل يشتركان فيها كما نص عليه أحمد في الوصية بالاجزاء المنسوبة كالثالث ونحوه (ومنها) لو وصى لرجل ثلثه ووصى لآخر بقدر منه قال أحمد في رواية الحسن بن ثواب في رجل قال ثلثي هذا فلان ويعطى فلان منه مائة درهم في كل شهر الى أن يموت قال هو للآخر منهما قيل كيف ؟ قال لأن الوصية رجعت الى الذي قال ويعطى هذا منه كل شهر وإذا مات هذا أو فضل شيء يرد الى صاحب الثلث وظاهر هذه الرواية تدل على تقدم الوصية بالمقدر على الوصية بالجزء المنسوب لأنهما كالخاصة والعامة وكتب القاضي بخطه على حاشية الجامع للخلال ظاهر كلام أحمد أن الوصية الثانية تقتضي الرجوع عن الأولى لأن الثانية تستغرق جميع المال اذ العمر ليس له حد معروف . قال وقد قيل لا يكون رجوعاً ويقسم الثلث على أربعة للوصى له بالثلث سهم وثلاثة للآخر كما لو وصى لرجل بماله ولاخر بثلثه انتهى . وكلا الوجهين المذكورين فيهما ضعف لأن احمد رد الفاضل عن النفقة الى الاول وهذا يعطل انه رجوع ولأن الوصية للثاني انما هي من الثلث فكيف تكون وصية بالمال كله فتعين حملها على ما قدمناه أولاً . فاما المسألة التي ذكرها الخرق في كتابه وهي اذا وصى لرجل بعين من ماله كعبد ولاخر بجزء مشاع منه كالثالث ان الوصيتين يزدحمان في المعين مع الاجازة كما لو وصى به لاثنتين وتبعه على ذلك ابن حامد والقاضي والاصحاب ، فهذا تديحمل على ما اذا كانت الوصيتان في وقتين مختلفين ولاشكال على هذا وان حمل على اطلاقه وهو الذي اقتضاه كلام الاكثرين فهو وجه آخر ونصوص احمد واصوله تخالفه كنهه في رواية مهنا في الوصية بالعبد لاثنين ونصه على أن من وصى لزيد بشيء ولجيرانه بشيء وزيد من جيرانه أنه لا يستحق من الوصية للجيران شيئاً ، وقد ذكر ابن حامد أن الاصحاب استشكلوا مسألة الخرق وأنكروها عليه ونسبوه الى التفرد بها .

القسم الثاني : أن يكون الخاص والعام في كلامين منفردين فهنا حالتان : احدهما أن يكون المتكلم بها لا يمكنه الرجوع عن كلامه ولا يقبل منه كالأقارير والشهادات والعقود فيقع التعارض في الشهادات ولا يكون الاقرار الثاني ولا العقد الثاني رجوعاً عن الاول هكذا ذكره غير واحد المتأخرين مع أن كلام احمد وأبي بكر عبد الوزي في أن الخاص لا يدخل في العام ليس فيه تفصيل بين الكلام الواحد وغيره ، وقد يقال إن الخاص لا يدخل في العام مطلقاً ويكون تخصيصه بالذكر قرينة مخرجة من العموم مالم يعارض ذلك قرينة تقتضي دخوله فيه وعلى تقدير دخوله فيه بقرينة أو مطلقاً فاذا تعارض دلالة العام ودلالة الخاص في شيء واحد فهل ترجح دلالة الخاص أم

يتساويان ذكر ابن عقيل في الواضح أنهما يتساويان وذكر أبو الخطاب في التقييد أنه يقدم دلالة الخاص وهذا هو الذي ذكره القاضي وابن عقيل أيضاً والأصحاب كلهم في مسألة تخصيص القرآن بخبر الواحد وفي مسألة تقديم الخاص على العام عند التعارض وإن علم تقدم الخاص حتى قال أبو الخطاب وغيره لا يجوز أن ينسخ العام الخاص لأنه ليس بمساو له: والحالة الثانية أن يكون الرجوع ممكناً كالوصية وعزل الامام لمن يمكنه عزله وولايته فهذا يشبه تعارض العام الخاص في كلام الشارع في الأحكام وفي ذلك ثلاث روايات: أشهرهن تقديم الخاص مطلقاً وتخصيص العموم به سواء جهل التاريخ أو علم: والثانية أن جهل التاريخ فكذلك والقديم المتأخر منهما. والثالثة أن ان علم التاريخ عمل بالتأخر وإن جهل تعارضاً ويتصل بهذه القاعدة قاعدةتان

أحدهما: إذا اجتمع في شخص استحقاق بجهة خاصة كوصية معينة وميراث واستحقاق بجهة عامة كالفقير والمسكنة فإنه لا يأخذ إلا بالجهة الخاصة نص عليه أحمد ويتفرع على ذلك مسائل (منها) إذا وصى لزيد بشيء. [ولغيره بشيء. وهو من الجيران فإنه لا يعطى من نصيب الجيران (ومنهما) إذا وصى لزيد بشيء وللفقراء بشيء. وزيد فقير لا يعطى من نصيب الفقراء شيء نص أحمد على الصورتين وخرج القاضي فيما نقله ابن عقيل في فتونه الاستحقاق بجهة الفقراء والجوار كما يستحق عامل الزكاة الأخذ بجهة الفقر مع العمالة (ومنهما) لو وصى لأقاربه بشيء. ووصى أن يكفر عنه بإيمان فلا يعطى من الكفارة من أخذ من الوصية من الأقارب نص على ذلك في رواية صالح (ومنهما) لو وصى للفقراء وورثه فقراء لم يجر لهم الأخذ من الوصية نص عليه في رواية حرب. وقال الوارث لا يهرق في المال مرتين إذا كان وارثاً لم يأخذ من الوصية شيئاً ونقل نحوه أبو الصقر والفضل بن زياد وكذلك نص على أن الوارث لا يصح عن الميت ويأخذ الوصية وحمله القاضي على منعه من أخذ الزائد عن نفقة المثل فأما نفقة المثل فيجوز لأنها معاوضة.

القاعدة الثانية: إذا اجتمعت صفات في عين فعل يعتمد الاستحقاقها كالأعيان المتعددة المشهور في المذهب أنها كالأعيان في تعدد الاستحقاق ويندرج تحت ذلك صور (منها) الأخذ من الزكاة بالفقر والغرم والنزوة ونحوها (ومنهما) الأخذ من الخمس بأوصاف متعددة (ومنهما) الأخذ من الصدقات المنذورة والفقير والوقوف (ومنهما) الموارث بأسباب متعددة كالزواج ابن عم وابن ابن العم إذا كان أخاً لأم بالانفاق وكذلك الجدات المدليات بقربائين والأرحام والمجوس ونحوهم ممن يدل بنسبهم فانهم يرثون بالجميع على الصحيح من المذهب (ومنهما) في تعليق الطلاق كما لو قال إن كنت رجلاً [فانت طالق وإن كنت قتيلاً فانت طالق وإن كنت أسود فانت طالق فكلت

رجلا [فقيها أسود طلقت ثلاثاً، وكذا لو قال إن ولدت ولد أفانت طالق وإن ولدت اثني فانت طالق فولدت اثني طلقت طلقتين . وقال الشيخ تقي الدين : لا تطلق إلا طلقة واحدة في المسائل كلها مع الإطلاق لأن الأظهر من مراد المخالف أنت طالق سواء ولدت ذكراً أو اثني وسواء كنت رجلاً أو فقيهاً أو أسود فينزل الإطلاق عليه لاشتهاره في العرف إلا أن ينوى خلافه، ونص الإمام أحمد في رواية ابن منصور فيمن قال لامرأته أنت طالق طلقة إن ولدت ذكراً وطلقتين إن ولدت اثني فولدت ذكراً وأثني أنه على مانوي، إنما أراد ولادة واحدة وإنكر قول سفيان أنه يقع عليها فالأول ما ملق بهوتين بالثاني ولا تطلق به وقول سفيان هو الذي عليه أصحابنا أبو بكر وأبو حفص والقاضي وأصحابه وكذلك ابن حامد وزاد أنها تطلق بالثاني أيضاً، والمخصوص أصح لأن المخالف إنما حلف على حمل واحد وولادة واحدة والغالب أنه لا يكون إلا ولداً واحداً لكنه لما كان ذكراً مرة واثني أخرى نوع التعليق عليه فإذا ولدت هذا الحمل ذكراً واثني لم يقع به المعاق بالذكور والاثني جميعاً بل المعلق بأحدهما فقط لأنه لم يقصد إلا إيقاع أحد الطلاقين وإنما رده لتردده في كون المولود ذكراً أو اثني، وبني على أن يقع أكثر الطلاقين إذا كان المقصد تطليقها بهذا الوضع سواء كان ذكراً أو اثني لكنه أوقع بولادة أحدهما أكثر من الآخر فيقع به أكثر المعلقين « تنبيه، إذا كانت الجهة واحدة لم تعدد الاستحقاق بتعدد الأوصاف المدلية اليها كالوصية لقربته إذا أدلى شخص بقرابتين والآخر بقرابة واحدة ذكره القاضي في خلافه في الوصية للاخوة أنه يستوى الأخوة للابوين والأخوة للامب والأخوة للام لأن السكك مشتركون في جهة الاخوة فلا عبرة بتعدد الجمل الموصلة اليها .

{ القاعدة العشرون بعد المائة }

يرجع ذر القربتين على ذى القرابة الواحدة، وإن لم تكن أحداهما لها مدخل في الاستحقاق في مسائل :

(منها) في الاخ لا لبوين على الاخ للامب في الميراث بالولاء . رواية واحدة، وخرج ابن الزاغوني في كتابه التلخيص في الفرائض رواية أخرى باشتراك في مسألة النكاح (ومنها) تقديم الاخ للابوين على الاخ للامب في ولاية النكاح في إحدى الروايتين اختارها أبو بكر ورجحه صاحب المغنى (ومنها) تقديمه عليه في حمل العائلة وفيه الروايتان (ومنها) تقديمه عليه في الصلاة على

الجنة وفيه الروايتان أيضاً (ومنها) في الوقف المقدم فيه بالقرب وكذلك الوصية فيترجح الاخ للابوين على الاخ للامم صرح به القاضي والاصحاب في الوصية ، وعلوا بان الانفراد بالقرابة كالتقدم (١) بدرجة ، وخالف الشيخ تقي الدين في الوقف وقال لا يرجح فيه بالقرابة الأجنبية عن استحقاق الوقف .

(القاعدة الحادية والعشرون بعد المائة)

في تخصيص العموم بالعرف وله صورتان : احدهما أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام في بعض افراده حتى صار حقيقة عرفية فهذا يخص به العموم بغير خلاف . فلو حلف لا ياكل شواء اختصت يمينه باللحم المشوى دون البيض وغيره مما يشوى ، وكذلك لو حلف على لفظ الدابة والسقف والسراج والوند لا يتناول إلا ما يسمى في العرف كذلك ، دون الأدمى والسماه والشمس والجبل فان هذه التسمية فيها هجرت حتى عادت سجاى : الصورة الثانية أن لا يكون كذلك وهو نوعان . أحدهما ما لا يطلق عليه الاسم العام الا مقيداً به ولا يفرد بحال فهذا لا يدخل في العموم بغير خلاف فعليه اختيار شبر وتر هندی لا يدخلان في مطلق الشر والخيار ذكره القاضي في خلافه ، ونظيره ماء الورد لا يدخل في اسم الماء المطلق . والنوع الثاني ما يطلق عليه الاسم العام لكن الاكثر أن لا يذكر معه إلا بقيد أو قرينة ولا يكاد يفهم عند الاطلاق دخوله فيه ، ففيه وجهان ويتفرع عليهما مسائل :

(منها) لو حلف لا ياكل الروس فقال القاضي يحث باكل كل ما يسمى رأساً من روس الطيور والسمك ونقله في موضع عن أحد ، وقال في موضع العرف يعتبر في تعميم الخاص لا في تخصيص العام . وقال أبو الخطاب لا يحث الا برأس يؤكل في العادة مفرداً وكذلك ذكر القاضي في موضع من خلافه أن يمينه تختص بما يسمى رأساً عرفاً وحكى ابن الزاغوني في الاقتناع روايتين احدهما يحث باكل كل رأس والثانية لا يحث الا باكل رأس بيضة الانعام خاصة وعزى الأولى إلى الخرق وفي الترغيب ذكر الوجه الثاني أنه لا يحث الا باكل رأس يباع مفرداً للاكل عادة قال فان جرت عادة قوم باكل روس القباء حث به في ذلك المكان وفي وغيره وجهان مأخذهما هل الاعتبار بأصل العادة أو عادة الخائف انتهى (ومنها) لو حلف لا ياكل البيض فهو على الوجهين أيضاً فيحث عند القاضي باكل البيض والسمك وغيره ولا يحث عند أبي الخطاب الا باكل بيض (١) كذا في نسخي الدار . وفي أصلنا : كالتعدد .

يزايل بابضه (١) في حياته وزعم صاحب الكافي أن التخصيص هنا إنما كان إضافة الاكل الى الرووس والبيض حيث كانت العادة تختص بعض أنواعها وظاهر كلامه أنه لو علق حكما سوى الاكل لم يغير خلاف وفيه نظر (ومنها) لو حلف لا يأكل اللحم فاكل لحم السمك فبطل حلفه وجهاً أيضاً . وقال أحمد في رواية صالح هو على نيته . قال القاضي معناه إن نوى لحماً بعينه لم يحث باكل غيره مع الاطلاق وهو قول الحرقى ، وقال ابن أبي موسى لا يحث مع الاطلاق وإنما يحث بادخاله بالنية ولعله ظاهر كلام أحمد (ومنها) لو حلف لا يدخل بيتاً قد دخل المسجد والحمام يسمى بيتاً بالكتاب والسنة وهذا يخالف نصه في رواية صالح في لحم السمك فيخرج له في المسئلة روايتان ، وخرج الأصحاب في هذا وجهاً بعدم الحث وخرجه صاحب المحرر من نصه الآتي فمن حلف بصدقة ماله أنه يختص بما يسمى عنده مالا وكذا الخلاف لو حلف لا يركب فرس سفينة (ومنها) لو حلف لا يشم الريحان فقال القاضي تختص بيمينه بالفارسي لأنه المسمى بالريحان عرفاً ، وقال أبو الخطاب وفيه يحث بكل ثبت له رائحة طيبة لأنه ريحان حقيقة وهذا بما كس قوله في مسألة الرووس والبيض (ومنها) لو حلف لا يأكل لحم بقر فهل يحث باكل لحم بقر الوحش على وجهين ذكرهما في الترغيب وخرجهما من وجهين . حكاهما فيما اذا حلف لا يركب حماراً فرس حماراً وحشياً هل يحث أم لا ؟ والخلاف هنا يقرب أخذه من مسألة وجوب الزكاة في بقر الوحش والحث في مسألة الركوب أضعف لأن الركوب إنما يراد به الحمار الأهلي ويشبه هذا الخلاف لأصحابنا في مرور الحمار الوحشي بين يدي المصلي هل يقطع صلاته أم لا ؟ وقد حكاه أبو البقاء في شرح الهداية (ومنها) لو حلف لا يتكلم فقرأ أو سجع هل يحث أولاً المشهور أنه لا يحث وتوقف أحمد في رواية (ومنها) لو حلف بعتق عبيده أو اعتقهم منجراً فقال الغرقى وأبو بكر يتناول الفن والمدير والمكاتب وأم الولد وأشقاصه وزاد القاضي عبيد عبده التاجر . ونص عليه أحمد في المكاتب في رواية ابن منصور وخرج القاضي رواية بعدم دخول المكاتب بدونه من رواية مهنا في الأشقاص أنهم لا يدخلون في عتق المالك إلا أن ينوبهم ومأخذه أنهم خارجون من مسمى الرقيق والمملوك عرفاً ، ولو قيل إن أم الولد كذلك لم يعد (ومنها) لو حلف بصدقة ماله وأراد البر أو نذره نذر تبرر فإنه يتصدق بثلث جميع ماله عند الأصحاب ، ونقل الأثر عن أحمد أنه سئل هل الثلث من الصامت خاصة أو من جميع ما يملك فقال ذلك على قدر مانوي وعلى قدر مخرج

(١) في ٧١١ من زایل الخ .

يمينه والأموال عند الناس تختلف . الاعراب يسمون الابل والغنم الاموال وغيرهم يسمى الصامت وغيرهم الارضين فالو أن اعرايا قال مالى صدقة أليس كنا نأخذ به بابه أو نحو هذا قال القاضي فى خلافه فظاهر هذا أنه يرجع الى نيته فى ذلك فان أطلق يرجع الى عرف الاطلاق عند النادر . وقال أحمد أيضاً فى رواية صالح اذا قال جاريتى حرة ان لم أصنع كذا وكذا قال ابن عمر وابن عباس تعتق وإذا قال مالى فى المساكين لم يدخل فيه جاريتى . قال القاضي فظاهر هذا ان الأمة لا تدخل فى عموم المال قال والمذهب التعميم والعجب أنه لم يحك بالتعميم عن أحمد نصاً صريحاً ولا ظاهراً (ومنها) لو حلف لمال له وله مال غير زكوى فقال الاصحاب يحث واخذوه من المسئلة التى قبلها قال ابن الزاغونى فى الاقتاع وظاهر كلام أحمد أنه لا يحث لانه قال فى رواية الحربى (١) نحن لانعد الدار والثياب والحامد مالا .

(القاعدة الثانية والعشرون بعد المائة)

يخص العموم بالعادة على المنصوص وذلك فى مسائل :

(منها) لو وصى لأقربائه وأهل بيته قال أحمد فى رواية ابن القاسم اذا قال لاهل بيتى أو قرابتي فهو على ما يعرف من مذهب الرجل ان كان يصل عمته وغالته ونقل سدى نحوه . وقال فى رواية صالح فى الوصية لاهل بيته ينظر من كان يصل من أهل بيته من قبل أبيه وأمه فان كان لا يصل قرابته من قبل أمه فاهل بيته من قبل أبيه ، واختلف الاصحاب فى حكاية هذه الرواية على طريقين . أحدهما انها رواية ثالثة فى قرابة الام خاصة انهم لا يدخلون فى الوصية الا ان كان يصلهم فى حياته وهذه طريقة القاضي فى المجرى . والطريق الثانى انها هى المذهب وان الاعتبار بمن كان يصله فى حياته بكل حال فان لم تكن له عادة بالصلة فهى لقرابة الأب وهى طريقة القاضي فى خلافه ، ونقل عن احمد أنه لا اعتبار بالصلة ، قال فى رواية ابن منصور فى رجل وصى فى فقراء أهل بيته وله قرابة فى بغداد وقرابة فى بلاده وكان يصل فى حياته الذين ببغداد . قال : يعطى هؤلاء الحضور والذين فى بلاده وكذلك نقل عبد الله قال أبو حفص البرمكى هذا قول آخر لا يمتبر بمن كان يصل فى حياته . قلت ويحتمل أن يقال منع الصلة هاهنا لمن ليس ببغداد قد علم سببه وهو تعذر الصلة البعد والكلام انما هو فيما تركه مع القدرة عليه ، قال القاضي ويشهد لرواية ابن منصور ما روى عبد الله عنه فى رجل وصى بصدقة فى أطراف بغداد وقد كان ربما تصدق (١) فى نسخته الدار : الخرقى .

في بعض الأرباض وهو حي ، قال يتصدق عنه في أبواب بندا كلها (ومنها) لو وصى لقراءة غيره وكان يصل بعضهم ، أو وصى للفقهاء أو للفقراء وكان يصل بعضهم . قال القاضي في خلافه لا رواية فيه ولا يتمتع أن نقول فيه ما نقوله في أقارب نفسه (ومنها) لو وقف على بعض أولاده وسماهم ثم على أولاد أولاده فهل يختص البطن الثاني بأولاد المسمين أولاً أو يشمل جميع ولد ولده ، نص أحمد في رواية حرب على أنه يشمل جميع ولد الولد ويتخرج وجه آخر بالاختصاص بولد من وقف عليهم اعتباراً بأبائهم فإن هذه عطية واحدة لحمل بعضها على بعض أقرب من حمل الوصية على العطية في الحياة ، وهذا النص هو قوله في رواية حرب في رجل له ولد صغار خاف عليهم الضيقة فاوقف ماله على ولده وكتب كتاباً وقال هذا صدقة على ولده فلان وفلان سماهم . ثم قال وولد ولده وله ولد غير هؤلاء قال ثم شركاء ، لحمله الشيخان صاحب المغنى وصاحب المحرر على ما قلنا وتبويب الحلال يدل عليه ، وقد يقال إنما عم البطن الثاني ولد الولد لأن تخصيص البطن الأول بالصغار كان لخرقه عليهم الضيقة وهذا المعنى مفقود في البطن الثاني فلذلك أشرك فيه أولاد الأولاد كلهم ، وحله القاضي وابن عقيل على أن البطن الأول يشترك فيه ولد المسمون وغيرهم أخذاً من عموم قوله صدقة على ولده وتخصيص بعضهم بالذكر لا يقتضي التخصيص بالحكم لقوله وملائكته وجبريل وميكال . وهذا فاسد لأن الآية فيها عطف نسق بالواو وهما إما عطف بيان أو بدل وأيهما كان فيقتضي التخصيص بالحكم لأن عطف البيان موضع لتبوعه ومطابق له وإلا لم يكن بياناً والبدل هو الواسطة المقصود بالحكم فيعين التخصيص به . ولهذا لو قال من له أربع زوجات زوجتي فلانة طالق لم تطلق الثلاث البواقي أو قال من له عبيد عبيدي فلان حر لم يعتق من عدها بغير خلاف (ومنها) لو استأجر أجيراً يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره بغير خلاف (ومنها) لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة اختصت بمنه بما يؤكل منها عادة وهو الثمر دون ما لا يؤكل عادة كالورق والحطب .

(القاعدة الثالثة والعشرون بعد المائة)

ويخص العموم بالشرع أيضاً على الصحيح في مسائل :

(منها) إذا نذر صوم الدهر لم يدخل في ذلك ما يحرم صومه من أيام السنة أو ما يجب صومه شرعاً كرمضان على أصح الروايتين (ومنها) لو حلف لا يأكل لحماً يتناول بينه اللحم المحرم على أحد الوجهين (ومنها) لو وصي لأقاربه لم يدخل فيهم الوارثون في أحد الوجهين حكاهما في الترغيب وظاهر

كلامه الدخول وظاهر كلام ابن أبي موسى وابن عقيل خلافه (ومنها) لو وكله في أن يطلق زوجته فهل يدخل فيه الطلاق المحرم على وجهين ذكرهما ابن عقيل وصاحب المحرر (ومنها) لو نذر اعتكاف شهر متتابع فله أن يعتكف في غير الجامع وينرج إلى الجمعة لاستثنائها بالشرع، وفيه وجه لا يجوز الاعتكاف في غير الجامع والأول المذهب كما أنه لا ينقطع في الصيام المتتابع بصوم رمضان ولا فطر أيام النهي .

(القاعدة الرابعة والعشرون بعد المائة)

هل يخص اللفظ العام بسببه الخاص إذا كان السبب هو مقتضى له وفيه وجهان . أحدهما : لا يخص به بل يقضى بعموم اللفظ وهو اختيار القاضي في الخلاف والآمدى وأبي الفتح الحلواني وأبي الخطاب وغيرهم ، وأخذه من نص أحمد في رواية على بن سعيد فيمن حلف لا يصطاد من نهر لظلم رآه فيه ثم زال الظلم قال أحمد النذر يوفي به . وكذلك أخذه من قاعدة المذهب فيمن حلف لا يكلم هذا الصبي فصار شيخاً أنه يحث بتكليمه تغليظاً للتمين على الوصف . قالوا : والسبب والقرينة عندنا نعم الخاص ولا تخصص العام والوجه الثاني : لا يحث وهو الصحيح عند صاحبي المعنى والمحرر ولكن صاحب المحرر استثنى صورة النهر وما أشبهها كمن حلف لا يدخل بلداً لظلم رآه فيه ثم زال وصاحب المعنى عزى الخلاف إليها ورجعه ابن عقيل في عمد الأدلة وقال هو قياس المذهب لأن المذهب أن الصفة لا تنحل بالفعل بحالة البينة لأن اليمين بمقتضى دلالة الحال تقتضي التخصيص بحالة الزوجية دون غيرها وكذلك جزم به القاضي في موضع من المجرد واختاره الشيخ تقي الدين وقرق بينه وبين مسألة النهر المنصوصة بأن نص أحمد إنما هو في النذر والتأخر إذا قصد التقرب بنذره لزمه الوفاء مطلقاً كما منع المهاجرون من العود إلى ديارهم التي تركوها لله وإن زال المعنى الذي تركوها لأجله فإن ترك شيئاً لله يمتنع فيه العود مطلقاً وإن كان بسبب قد يتغير ولهذا نهى المتصدق أن يشتري صدقته ، وهذا أحسن وقد يكون جده صاحب المحرر لحظ هذا حيث خص صورة النهر بالحنث مع الإطلااق بخلاف غيرها من الصور . وأما مسألة الحلف على العين الموصوفة بالصفة فإن كان ثم سبب يقتضي اختصاص العين بحال بقاء الصفة لم يحث بالكلام بعد زوالها صرح به في الكافي والمحرر فهي كسألتنا ، ويتفرع على هذه القاعدة مسائل :

(منها) لو دعي إلى غداء لحلف لا يتغدى فهل يحث بقاء غير ذلك المحلوف بسببه على وجهين وجزم القاضي في الكفاية وصاحب المحرر بعدم الحث (ومنها) لو حلف لأرأيت منكراً إلا رفعته إلى

فلان القاضي فعزل فهل تحمل يمينه على وجهين ، وفي الترغيب ان كان السبب أو القرائن تقتضي حالة الولاية اختص بها وان كانت تقتضي الرفع اليه يمينه مثل أن يكون مرتكب المنكر قراية الوالى مثلاً وقصد اعلامه بذلك لأجل قرابته وذكر الولاية تعريفاً تتناول اليمين حال الولاية والعزل وان لم يكن دلالة بحال فهل يبر برفعه اليه بعد العزل ويحنت بتركه على وجهين ، فان كانت يمينه رفعه الى الوالى من غير تعيين فهل يتعين المنصوص في الحال أم يبرأ بالرفع الى كل من ينصب بعده على وجهين لتردد الألف واللام بين تعريف العهد والجنس ولو علم بمنكر بعد علم الوالى احتمال وجهين . احدهما أن البر قد فات كما لو رآه معه . والثاني لم يفت لأن صورة الرفع ممكنة ثم على الوجه الأول يخرج على ما اذا تبعد الماء الذي في الكوز بعد حلفه على شربه أو أبرأه من الدين بعد حلفه على قضائه وفيه وجهان انتهى . فجعل محل الوجهين اذا انتفت القرائن والدلائل بالكلية ومع دلالة الحال والسبب يختص الرفع بحالة الولاية وجهاً واحداً (ومنها) لو حلف على عبده أو زوجته أو لغيره لا يخرج إلا بأذنه ثم باع العبد وطلق الزوجة ووفى الغريم فهل تحمل يمينه على الوجهين (ومنها) لو قالت له زوجته تزوجت على قال كل امرأة لي طالق فان المخاطبة تطلق بذلك نص عليه في رواية المروذي وابن هانئ . وكذلك نقل عنه أبو داود السجستاني في رجل تزوج امرأة فقيل له انت لك غيرها فقال كل امرأة لي طالق فسكت فقيل إلا فلانة فقال الا فلانة فاني لم أعنها فابى أن يفي فيه ، وهذا تواف منه وخرج ابن عقيل في عمد الأدلة المسألة على روايتين .

(القاعدة الخامسة والعشرون بعد المائة)

النية تم الخاص وتخصص العام بغير خلاف فيها ، وهل تقيد المطلق أو تكون استثناء من النص على وجهين فيها ، فلهذه أربعة أقسام :

أما القسم الأول : فله صور كثيرة (منها) لو حلف على زوجته لترك هذا الصبي يخرج فخرج بغير اختيارها ، فنص أحمد في رواية منها أنه ان نوى أن لا يخرج من الباب فخرج فقد حنت وان كان نوى أن لا تدعه لم يحنت لأنها لم تدعه (ومنها) لو قال ان رأيتك تدخلين هذه الدار فانت طالق فنص أحمد في رواية منها أنه ان أراد ان لا تدخلها بالكلية فدخلت ولم يرها حنت وان كان نوى اذا رآها فلا يحنت حتى يراها تدخلها ، وقرر القاضي في موضع أن هذا اللفظ ونحوه موضوع في العرف لعموم الامتناع وكذلك ابن عقيل ، فعلى هذا لا يحتاج الى نية العموم

بل إذا أطلق اقضى الامتناع من شرب الماء فافوته خاصة، وصرح به ابن عقيل (ومنها) لو حلف لا يدخل هذا البيت يريد هجران قوم فدخل عليهم بيتاً أخر حنث، نص عليه في رواية محمد بن يحيى السكحال (ومنها) لو حلف لا يشرب له الماء ونوى الامتناع من جميع ماله حنث بتناول كل ما يملكه (ومنها) لو حلف أن لا يضربه ونوى أن لا يؤله حنث بكل ما يؤله من خنق وعص وغيرهما نص عليه (ومنها) لو حلف لا يكلم امرأته يقصد هجرانها بذلك حنث بوطئها أو ما إليه أحد (ومنها) لو طلق امرأته طلاقاً رجعية وحلف لا راجعتها وأراد الامتناع من عودها إليه مطلقاً حنث بتزوجها بنكاح جديد بعد البتة نص عليه في رواية ابن منصور (ومنها) لو حلف على زوجته لا خرجت من بيته لتهنئة ولا تعزية ونوى أن لا يخرج أصلاً هل يحنث بخروجها لغير تهنئة أو تعزية؟ فذكر القاضي في بعض تعاليقه أنه توقف فيها وأن القاضي أبا الطيب الطبري من الشافعية قاله مقتضى مذهبه أنه لا يحنث لأن الفرض يختلف في الخروج ولا يوجد المقصود في كل خروج بخلاف ما إذا قصد قطع المنة فإن المنة توجد في غير المحلوف عليه .

قلت : والصواب الجزم بالحنث هاهنا مطلقاً وعليه يدل نص أحمد في المسألتين الأولتين المذكورتين هاهنا، ولا يشبه هذا ما لو حلف لا يلبس من غرلهما يقصد قطع المنة فإنه لا يحنث بالاتفاق بغير الغزل وثمنه من أموالها لأن العموم هناك يستفاد من السبب، وهنا يستفاد من النية فهو أبغ . وأما القسم الثاني : فنصوره كثيرة جداً (منها) أن يقول نسائي طوائق ويستثنى بقلبه واحدة أو يحلف لا يسلم على زيد فسلم على جماعة هو فيهم ويستثنى بقلبه ووقع في كلام القاضي وابن عقيل في هذه المسألة ما يقتضى حكاية روايتين في حنثه في مسألة السلام، وتأوله صاحب المحرر في تعليقه على الهداية على أن المراد هل يقبل منه دعوى ارادة ذلك أم لا، قال وقد صرحا بذلك في موضع آخر من كتابهما . ولو حلف لا يدخل على فلان بيتاً فدخل بيتاً هو فيه مع جماعة ونوى بدخوله غيره هل يحنث خرجه القاضي وابن عقيل وأبو الخطاب على وجهين في مسألة السلام قال صاحب المحرر وعندي فيه نظر لأن الدخول فعل حمى لا يتميز بخلاف السلام (ومنها) لو قال لزوجته ان لبيت ثوباً فانت طالق وقال أحمرأ وقال ان لبيت فانت طالق ثم قال أردت ثوباً أحمر وقال ان دخلت البار فانت طالق ثم قال أردت في هذه السنة فالجمهور من الأصحاب على أنه يدين في ذلك وفي قبوله في الحكم روايتان . وشذ طائفة لحكوا الخلاف في تدينه في الباطن منهم الحلواني وابنه وكذلك وقع في موضع من مفردات ابن عقيل في الايمان وكذلك وقع للقاضي في المجرى قال صاحب المحرر ، وهو سهو وذكر القاضي في كتاب الحيل إنه ان كان المخصص بالنية ملفوظاً

صح تخصيصه والا فلا . فلو حلف لا يا كل شيئاً أبداً ونوى به اللحم قبل ، وإن حلف لا يا كل ونوى اللحم لم تنفع نيته لأنه خصص مالميس في لفظه ، وحمل حنبل اختلاف كلام احمد في قبول دعوى خلاف الظاهر في اليمين على اختلاف حالين لاعلى اختلاف قولين ، وذكر السامري في فروقه أن المنوى ان كان يرفع مقتضى الحكم بالكلية كالاستثناء بالمشيئة في اليمين بالله أو حيث ينفع لم يصح بالنية الا مع الظلم ، وقد نص احمد في رواية حرب على صحة استثناء المظلوم في نفسه بالمشيئة لأنها ترفع الحكم بالكلية فهو كالنسخ فلا يصح بالنية الا مع العذر بخلاف شروط الطلاق ونحوها فانها تصح بالنية مطلقاً لأنها مخصصة لرافعة .

وأما القسم الثالث : فله صور (منها) اذا نذر الصدقة بمال ونوى في نفسه قدراً معيناً فنص احمد في رواية أبي داود أنه لا يلزمه مانوؤه ، وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية المزوم قال وقد نص احمد فيمن نذر صوماً أو صلاة ونوى في نفسه أكثر مما يتناوله اللفظ انه يلزمه مانوؤه وهذا مثله ، وكذلك رجح ابن عقيل المزوم فيما نوى في الجميع وكذلك ذكر صاحب الكافي انه لو حلف ليا كلن لحماً أو فاكهة أو ليشربن ماءً أو وليكلن رجلاً أو ليدخلن داراً وأراد يمينه معيناً تطلعت يمينه به دون غيره ، وأن نوى الفعل في وقت بعينه اختص به ولم يذكر فيه خلافاً (ومنها) لو قال انت طالق ونوى ثلاثاً فهل يلزمه الثلاث أم لا يقع به أكثر من واحدة على روايتين . وجه القول بلزوم الثلاث ان طالقاً اسم فاعل وهو صادق على من قام به الفعل مرة واكثر فيكون محتملاً للكثرة فينصرف اليها بالنية . ورأيت في كتاب شرح القوافي لابن جني ان الافعال كلها للمعوم وحكاها ابن ابي علي وهو غريب ، واما اذا قال ثلاثاً فطلق ثلاثاً لکن لنا فيه طريقان . احدهما ان ثلاثاً صفة لمصدر محذوف تقديره طلاقاً ثلاثاً والمصدر يتضمن العدد . والثاني ان ثلاثاً صالح لا يقع الثلاث من طريق الكناية وذكر الطلاق يقرر الايقاع بها كنية الطلاق وينفرد على المأخذين هل وقع الثلاث بقوله انت طالق أم بقوله ثلاثاً ، ولو ماتت مثلاً في حال قوله ثلاثاً هل تقع الثلاث أو واحدة على وجهين ذكرهما في الترغيب ، وهذا انما يتوجه على قولنا انه اذا قال انت طالق ونوى ثلاثاً انه يقع به الثلاث أما اذا قلنا لا يقع الثلاث بالنية لم يقع الثلاث الا بقوله ثلاثاً بغير خلاف (ومنها) اذا وقع العقد على اسم مطلق ونوى تعيينه قبل العقد فهل يصح أم لا ؟ قد سبق لنا أن في صحة النكاح وجهين اذا قال زوجتك بنتي وله بنات ونوى واحدة معينة ، وإن مأخذ البطلان اشتراط الشهادة على النكاح وهذا يقتضي صحة سائر العقود التي لا يحتاج فيها الى الشهادة بمثل ذلك ، وصرح صاحب المحرر اذا اشترى شيئاً بثمن مطلق في الذمة ونوى تقدمه من المال

المغضوب وقده منه فهل يكون العقد [باطلاً] كما لو وقع على عين المغضوب أو يكون صحيحاً على روايتين .
وانما خرج الخلاف في تقييد المطلق بالنية دون تخصيص العام بها لأن تخصيص العام نقص منه
وقصر له على بعض مدلوله وذلك انما يكون بالنية والارادة فهي المخصصة حقيقة وانما تسمى
الدالة الدالة على التخصيص مخصصات لدلائلها على الارادة المخصصة وهذا بخلاف تقييد المطلق
فانه زيادة على مدلوله فلا تثبت الزيادة بالنية المجردة . فان قيل هذا ينتقض عليكم بتعميم الخاص
بالنية فانه الزام زيادة على اللفظ بمجرد النية ، قيل الفرق بينهما أن الخاص اذا أريد به العام كان
نصاً على الحكم في صورة لعله فيتعدى الحكم الى كل ما وجدت فيه تلك العلة وهذا غير موجود في
المطلق اذا أريد به بعض مقيداته .

وأما القسم الرابع : فله صور (منها) لو قال انت طالق ثلاثاً واستثنى بقلبه إلا واحدة فهل يلزمه
الثلاث في الباطن على وجهين . احدهما لا يلزمه وهو قول أبي الخطاب وصاحبه الحلواني .
والثاني يقع به الثلاث في الباطن وهو الذي جزم به السامري في فروقه وصاحب المغني واختاره
صاحب المحرر لأن النية انما تصرف اللفظ الى محتمل ولا احتياطي في النص الصريح انما الاحتمال
في العموم ، ويشهد له قول أحمد في رواية صالح النية فيما خفي ليس فيما ظهر (ومنها) لو قال
نسائي الرابع طالق واستثنى بقوله فلاثة فهي كالثي قبلها (ومنها) لو قال كل عبد لي حر واستثنى
بقوله بعض عبيده ، فذكر ابن أبي موسى في هجته روايتين ولكن صحة الاستثناء هنا أظهر وفي كلام
أحمد في [مسألة الاشقاق] ما يدل عليه لأن كلا وان كانت موضوعة لاستفراق ما يضاف اليه
إلا أنها من صيغ العموم القابلة للتخصيص في الجملة . . تنبيه حسن ، فرق الاصحاب بين الاثبات
والنفي في الايمان في مسائل وقالوا في الاثبات لا يتعلق البر الا بتام المسمى وفي الحنفية يتعلق ببعضه
على الصحيح . وقالوا الايمان يحمل على عرف الشرع والشارع اذا نهي عن شيء تعلق النهي بحملته
وأباضه واذا أمر بشيء لم يحصل الامتناع بدون الايمان بكلامه ، فأخذ الشيخ تقي الدين من هذا
ان اليمين في الاثبات لا تتم وفي النفي تتم كما عمت أجزاء المحلوف قال وقد ذكر القاضي في
موضع من خلافه ان السبب يقتضي التعميم في النفي دون الاثبات قال الشيخ وهذا قياس المذهب
في الايمان وقرره بان المفاسد يجب اجتنابها كلها بخلاف المصالح فانه انما يجب تحصيل ما يحتاج اليه
منها فاذا وجب تحصيل منفعة لم يجب تحصيل أخرى مثلاً للاستثناء عنها بالاولى وكلامه يشمل
التعميم بالنية أيضاً حتى ذكر في العلة المنصوصة في كلام الشارع أنها كانت في تحريم تعدت بالقياس
الى غير المنصوص عليه بالعلة وان كانت ايجاباً لم تعدد وذكر ان هذا قياس المذهب وحكى عن

أبى الخطاب أنه لو قال أوجب كل يوم أكل السكر لأنه حل وحل كل حل ثم قال وهذا بعيد بل الذى يقال انه يجب كل يوم أكل شيء من الحلو كائنا ما كان، قال وفيه نظر لأنه يطلو ايجاب السكر وعلى هذا التقدير فع اشكال فى مسألة قول السيد أعتقت غائما لسواده وأنه لا يبتق عليه كل أسود كما هو قول الجمهور خلافا لما ذكره أبو الفتح الحلواى وأبو الخطاب .

(القاعدة السادسة والعشرون بعد المائة)

الصور التى لا تقصد من العموم عادة إما لتدورها أو لاختصاصها بمنع لكن يشملها اللفظ مع اعتراف المتكلم بأنه لم يرد إدخالها فيه هل يحكم بدخولها أم لا ؟ فى المسألة خلاف ويترجع فى بعض المواضع الدخول وفى بعضها عدمه بحسب قوة القرائن وضعفها ، ويتخرج على هذه القاعدة مسائل كثيرة :

(منها) إذا قيل تزوجت على امرأتك فقال كل امرأة طالق هل تطلق المرأة المخاطبة أم لا إذا قال لم أردھا ؟ وقد سبق أن أحمد نص تارة على أنها تطلق وتوقف فيها أخرى وخرجها ابن عقيل على روايتين (ومنها) لو قذف أباه الى آدم وحواء فنص أحمد فى رواية حرب أن عليه حدا واحداً ولم يجعله ردة عن الاسلام لأنه لم يقصد دخول الانثى فى ذلك ولا يقصد ذلك مسلم ، وخرج شيخ الاسلام ابن تيمية فيها وجهاً آخر أنه ردة من المسألة الآتية (ومنها) لو قال عصيت الله فيما أمرنى به هل يكون يمينا ؟ قال القاضى ليس يمين لأن المشهور تخصيص المعاصى بالذنوب دون الكفر وقال صاحب المحرر عندى انه يمين لدخول التوحيد فيه (ومنها) لو قال لعبيده وهم عنده أتم أحرار وكان فيهم أم ولده وهو لا يعلم بها ولم يرد عتقها هل تعتق أم لا على روايتين حكاهما أبو بكر وابن أبى موسى . ونص أحمد على عتقها فى رواية ابن هانئ وغيره وشبهها فى رواية أحمد بن الحسين بن حسان بمن نادى امرأة له فأجابه أخرى فطلقها يظنها المنادة وقال تطلق هذه بالإجابة وتلك بالتسمية وهذه المسألة أعنى مسألة المنادة فيها روايتين أحدهما تطلق المنادة وحدها نقلها منها وهى اختيار الأكثرين كأبى بكر وابن حامد والقاضى فيتعين تخريج رواية فى أم الولد أنها لا تعتق منها وعلى الرواية الثانية تطلق المنادة والمجبة وظاهر كلام أحمد فى رواية أحمد بن الحسين بن حسان أنها يطلقان جميعا فى الباطن والظاهر كما يقول فى إحدى الروايتين إذا لقي امرأة يظنها أجنبية فطلقها فإذا هى زوجته إن زوجته تطلق ظاهرا وباطنا ، وزعم صاحب المحرر أن المجبة إنما تطلق ظاهرا والفرق بينهما وبين المطلقة التى يعتقدها أجنبية أن الطلاق هاهنا

صاذف محلا تنفذ فيه وهو المناداة فلا يحتاج الى محل آخر بخلاف طلاق من يعتقدها أجنبية فانه لو لم يقع بها للثى الطلاق الصادر من أهله في محله ولا سيل اليه وقد أشار أحمد الى معنى هذا الفرق وسنذكره فيما بعد ان شاء الله (ومنها) لو حلف لا يسلم على فلان فسلم على جماعة هو فيهم وهو لا يعلم بمكانه ولم يرد به السلام لحكي الانتخاب في حثه الروايتين ويشبه تغريمهما على مسئلة من حلف لا يفعل فعلمه جاهلا بانه المحلوف عليه والمنصوص ها هنا عن أحمد الحث في رواية منها حتى فيما اذا كان المحلوف عليه مستترا بين القوم بارية في المسجد وهو لا يراه ونقل عنه أبو طالب ان كان وحده فسلم عليه وهو لا يعرفه حث وان كان بين جماعة وهو لم يعلم به لم يحث لانه أراد الجماعة وهذا يشبه ما تقدم في الفرق بين المناداة إذا أجابت غيرها وبين من يطلقها يعتقدها أجنبية فان المحلوف عليه لم يقصد السلام عليه بالكلية وهناك من يصح قصده وغيره فانصرف السلام اليه دونه بخلاف ما اذا كان وحده [فان المحلوف عليه وجد] ولكن مع الجبل به وقد تناول القاضي رواية أبي طالب هذه على أنه أخرجه بالنية من السلام ولا يصح لانه لم يكن عالما بحضوره بينهم فكيف يستثنيه بالنية (ومنها) لو وقف المسلم على قرابته أو أهل قريته أو وصى لهم وفيهم مسلمون وكفار لم يتناول الكفار حتى يصرح بدخولهم نص عليه في رواية حرب وأبي طالب ولو كان فيهم مسلم واحد والباقي كفار ففي الاختصار عليه وجهان لأن حمل اللفظ العام على واحد بعيد جدا (ومنها) لو تهايا المعتق بمضنه هو وسيده على منافع وأكسابه فهل يدخل فيها الاكساب النادرة كالركاز والهدية واللقطة أم لا على وجهين (ومنها) لو قال ما أحل الله على حرام وله زوجة ومال وقال لم أرد زوجتي فهو مظاهر عليه كفارة الظهار نص عليه في رواية ابن منصور لأن الزوجة أشهر أفراد الحلال الذي يقصد تحريره ولا ينصرف الذهن ابتداء الى غيره فلا يصح اخراجه من العموم بعدم ارادة دخوله وانما يصح اخراجه ب ارادة عدم دخوله ، فاما ان لم تكن له زوجة وله مال فهو يمين كسائر تحريم المباحات واذا كان له زوجة ومال فعليه كفارة ظهار لا غير نص عليه أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب في صورة كل ما أحل الله على حرام ، وقال ابن عقيل يجب مع كفارة الظهار كفارة يمين لدخول المال في العموم ، ووجه القاضي نص أحمد بتوجهات مستبعدة وعندى في تحريمه وجهان أحدهما ان المتبادر الى الافهام من تحريم الحلال تحريم الزوجة دون الأموال فانها لا تقصد بالتحريم فلا تدخل في العموم لكونها لا تقصد عادة فتكون المسئلة حينئذ من صور القاعدة والثاني أن تكون عخرجة على قوله يتداخل الايمان وان موجبا واحد فان الجنس ها هنا واحد وهو تحريم الحلال فصار موجه كفارة واحدة ثم تعينت بكفارة الظهار لدخول كفارة اليمين .

فيهما من غير عكس .

(القاعدة السابعة والعشرون بعد المائة)

إذا استندت ألاف أموال الآدميين ونفوسهم الى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب [لأن [تكون] المباشرة مبنية على السبب وناشتة عنه سواء كانت ملجئة اليه أو غير ملجئة ثم ان كانت المباشرة والحالة هذه لاعدوان فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان ، وان كان فيها عدوان شاركت السبب في الضمان . فالاقسام ثلاثة ، ومن صور القسم الأول مسائل :

(منها) اذا حفر واحد ثوراً عدواناً ثم دفع غيره فيها آدمياً معصوماً أو مالمعصوم فسقط قتلف فالضمان على الدافع وحده (ومنها) لو فتح قصفاً عن طائر فاستقر بعد فتحه فجاء آخر فنفره فالضمان على المنفرد وحده (ومنها) لو رمى معصوماً من شاهق فلقاه آخر بسيف فقتله به فالقاتل هو الثاني دون الأول . فاما ان لو ضرب بطن امرأة فالقتل جنيئاً وفيه حياة غير مستقرة فضر به آخر فمات فالقاتل هو الأول وعليه الغرة ويعزر الثاني لأن العنارب ليس بمنسب بل هو مباشر للقتل فلذلك لزمه الضمان وكذا لو رمى به صيداً فاصاب مقلته ثم رماه آخر فمات فالقاتل هو الأول فيباح الصيد بذلك والثاني جان عليه فيضمن ماخرق من جلده هذا قول القاضي والاكثرين وخرجه طائفة على الخلاف في تحريم ما سقط بعد الذبح من بناء ونحوه لاعاته على قتله وظاهر كلام الخرقى تحريمه هاهنا فيضمن الثاني قيمته كاملة ويسقط منها قدر جرح الأول :

ومن صور القسم الثاني مسائل : (منها) اذا قدم اليه طعاماً مسموماً عالماً به فأكله وهو لا يعلم بالحال فالقاتل هو المقدم وعليه القصاص او الدية (ومنها) لو قتل الحمار كحداً أو قصاصاً بشهادة ثم أقر الشهود أنهم تمعدوا الكذب فالضمان والقود عليهم دون الحمار ونقل أبو النصر العجلي (١) عن احمد اذا رجم الحمار بشهادة أربعة ثم تبين أن المرحوم مجبوب فالضمان على الحمار وهو مشكل لأنه قد تبين كذبهم بالبيان فهو كافر اذ تمعدهم الكذب وقد يفرق بان المجبوب لا يخفى أمره غالباً فالأقدام على رجمه لا يخلو من تفریط وبان الشهود قد يشبه عليهم فلا يتحقق تعدمهم للكذب وأما ان تبين أن الشهود فسقة أو كفار وقتلنا ينقض الحكم وكان الحق لآدمي فالضمان على المحكوم له وان كان لله تعالى فله حالته . احدهما ان يستند الحمار في قبول الشهادة الى تركية من زكاهم وفيه ثلاثة أوجه . احدهما الضمان على المزيكين قاله أبو الخطاب ومحسه صاحب الكافي والترغيب لانهم الجاؤا الحمار الى الحكم والحمار فعل ماوجب عليه والشهود لا يعترفون بطلانهم شهادتهم

فيتين حالة الضمان على المزيكين . والثاني الضمان على الحاكم وحده قاله القاضي وابن عقيل في
 مكنات الشهادات لأنه مفروض بالحكم بشهادة من لا تجوز شهادتهم وحكمه يختص بالمحكوم به
 بخلاف التزكية فانها لا تختص بالمحكوم به . والثالث يخير المستحق بين تضمين من شاء من الحاكم
 والمزيكين والقرار على المزيكين قاله القاضي وابن عقيل في كتاب الحدود لما ذكرنا من وجه تقرير
 كل منهما فيخير المستحق ويستقر الضمان على المزيكين لاجل انهم الحاكم الى الحكم . وحكى عن أبي
 الخطاب وجه رابع ان الضمان على الشهود كما لو رجعوا عن الشهادة ولا يصح حكايته عنه
 لتصريحه بخلافه وهو غير متجه لأنهم لم يعترفوا بطلان شهادتهم ولا ظهر كذبهم بخلاف
 الراجمين عن الشهادة ولكن ذكر القاضي وأبو الخطاب رواية أنه لا ينقض الحكم ويضمن الشهود
 وهذا ضعيف جداً وخرج صاحب المحرر في تعليقه على الهداية ضمان الشهود من إحدى الروايتين
 فيما اذا شهد أربعة بالزنا ثم بانوا فساداً فانهم يحدون على إحدى الروايتين وان لم يعترفوا بطلان
 قولهم ، وهذا تخرج ضعيف لأن الشهادة بالزنا قذف في المعنى موجبة للحد في نفسها الا أن يوجد
 معها حال النصاب المعتبر ولم يوجد ذلك هنا ولذلك يجب عليهم حد القذف سواء استوفى من
 المشهود عليه الحد أولاً ، وليس المستوفى من الشاهد نظير المستوفى من المشهود عليه . وأما الشهادة
 بالمال فلا يترتب عليها ضمان الا بعد ان ينشأ عنها غرم ثم يثبت بطلانها أما باقرار الشاهد أو
 يثبت كذبها بالبيان ولم يوجد هنا واحد منهما . والحالة الثانية : أن لا يكون ثم تزكية فالضمان
 على الحاكم وحده ذكره الخريفي والأصحاب لتفريطه بقبول من لا تجوز قبول شهادته من غير إلجاء له
 إلى القبول (ومنها) المكره على اتلاف مال الغير وفي الضمان وجهان . احدهما أنه على المكره وحده
 لكن للمستحق مطالبة المثلث ويرجع به على المكره لانه معذور في ذلك الفعل فلم يلزمه الضمان
 بخلاف المكره على القتل فانه غير معذور فلماذا شاركه في الضمان وبهذا جزم القاضي في كتاب
 الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وابن عقيل في عمد الأدلة . والثاني عليهما الضمان كالدية صرح
 به في التلخيص وذكره القاضي في بعض تعاليقه احتيالا وعلل باشتراكهما في الاثم وهذا تصريح بان
 الاكراه لا يبيح اتلاف مال الغير وكان فرض الكلام في الردية وحكى احتيالا آخر ان الضمان
 على المثلث وحده كما لو اضطر إلى طعام الغير فأكله وهذا ضعيف جداً لأن المضطر لم يلجئه الى الاتلاف
 من محال الضمان عليه . ولو أكره على تسليم الردية الى غير المالك فقال القاضي لا ضمان لانه ليس
 باتلاف وكذا ذكره في بعض تعاليقه وصرح به في المجرد مفرقا بينه وبين الاكراه على القتل بان
 القتل لا يعذريه بالاكراه بخلاف هذا وهذا التعليل يشمل الاتلاف أيضا وتابع ابن عقيل في الفصول

وصاحب المغنى القاضى فى المجرى وفى شرح الهداية لآبى البركات المنعجب أنه لا يضمن كما لو حلف لا يدخل الدار فدخلها مكرهاً وفى الفتاوى الرجيبات عن أبى الخطاب وابن عقيل الضمان مطلقاً لأنه اقتضى بها ضرره وعن ابن الزاغوانى أنه إن أكره على التسليم بالتهديد والوعيد فعليه الضمان ولا إثم وإن ناله العذاب فلا إثم ولا ضمان. وأشار صاحب المحرر فى مسئلة الإكراه على الأكل فى الصوم من شرح الهداية إلى خلافه فى أصل جواز تضمين المكره على اتلاف المال وقد ذكر صاحب المغنى فى الإيمان أن المحرم إذا قتل صيداً مكرهاً فضايمته على المكره له وقد نص أحمد فى رواية ابن ثواب على أن حافر البئر عدواناً إذا أكرهه السلطان على الحفر لم يضمن لكن هذا إكراه على السبب دون المباشرة وهذه النقول الثلاثة ترجع إلى أنه لا يضمن ابتداءً من لا يستقر عليه الضمان وقد تقدم ذلك ، وأما المكره على الوطء فى الحج والصيام إذا أفسدنا حجها وصيامها فهل يجب عليها الكفارة فى مالها أولاً لا يجب عليها شيء أو يجب على الزوج أن يتحملها عنها على ثلاث روايات ، وتأول بعضهم الأولى على أنها ترجع بها على الزوج . والمكره على حلق رأسه فى الإحرام تجب الفدية على الحاقق فى أشهر الوجين قاله أبو بكر . والثانى على المحلوق يرجع بها على الحاقق ذكره ابن أبى موسى وجهاً لأن حلق الشعر كالاتلاف ولهذا يستوى عمده وسهوه على المشهور .

ومن صور القسم الثالث مسائل :

(منها) المكره على القتل والمذهب اشتراك المكره والمكره فى القود والضمان لأن الإكراه ليس بمنزلة القتل وذكر القاضى فى المجرى وابن عقيل فى باب الرهن أن أبا بكر ذكر أن القود على المكره المباشر ولم يذكر على المكره قوداً قالوا والمذهب وجوبه عليهما كما نص عليه أحمد فى الشهود الراجعين إذا اعترفوا بالعمد وقد بين القاضى فى خلافه كلام أبى بكر وأنه قال فى الأسير إذا أكره على قتل مسلم فقتله فعليه القود وهاتها المكره ليس من أهل الضمان لأنه حربى فلذلك لم يذكر تضمينه وذكر ابن الصيرفى أن أبا بكر السمرقندى من أصحابنا خرج وجهاً أنه لا قود على واحد منهما من رواية امتناع قتل الجماعة بالواحد وأولى لأن السبب هاتها غير صالح فى كل واحد منهما لأن أحدهما متسبب والآخر ملجأ وفى صورة الاشتراك هما مباشران مختاران (ومنها) الممسك مع القاتل فانهما يشتركان فى الضمان والقود على إحدى الروايتين وفى الأخرى يختص المباشر بهما ويجب المسالك حتى يموت (ومنها) لو حفر بئراً عدواناً فى الطريق فوضع آخر حجراً إلى جانبها فهل يختص بالضمان الواضح جعلاً له كالدافع أو يشتركان فيه كالممسك والقاتل

على روايتين . ولو كان الحافر غير متعد فالضمان على الواضع وحده وهي من صور القسم الثاني (ومنها) لودل المودع لصاً على الوديعة فسرهما فالضمان عليهما ذكره القاضى وغيره كما لو دل المحرم محرماً آخر على صيد قتلته ، ولو دل حلالاً فالضمان على المحرم وحده وهي من صور القسم الثالث (ومنها) لو احرم وفي يده المشاهدة صيد وتمكن من ارساله فلم يفعل حتى قتله محرم آخر ففيه احتمالان ذكرهما القاضى في المجرد . أحدهما الضمان على القاتل لأنه مباشر والأول متسبب غير ملجئ . والثاني الضمان عليهما على الأول باليد وعلى الثاني بالمباشرة . ويتخرج على هذين الوجهين كل من أتلّف عيناً في يد من هو مضمونة عليه باليد هل يضمن المتلف وحده الجميع دون صاحب اليد أو يجوز تضمين صاحب اليد ويرجع على المتلف ؟ وفرض القاضى في كتاب التخريج مسألة الصيد في حالين صاد أحدهما في الحرم صيداً فقتله الآخر فيه وذكر أن عليهما جزاءين كاملين أحدهما على القاتل بقتله والآخر على الممسك لتلفه في يده قبل ارساله ثم يرجع الذى في يده على القاتل بماخرمه لأنه قرر عليه ضماناً كان قادراً على التخلص منه بالارسال ، وصرح في (١) أثناء المسألة بأن المقتضوب إذا أتلّفه متلف في يد العاصب كان المالك بخيراً في المطالبة لمن شاء منهما .

(القاعدة الثامنة والعشرون بعد المائة)

إذا اختلف حال المضمون في حالى الجناية والسرابة . فهاهنا أربعة أقسام :
أحدها : أن يكون مضموناً في الحالين لكن يتفاوت قدر الضمان فيهما فهل الاعتبار بحال السرابة أو حال الجناية على روايتين . والقسم الثاني : أن يكون مهدراً في الحالين فلا ضمان بحال . والثالث : أن تكون الجناية مهددة والسرابة في حال الضمان فتهدر تبعاً للجناية بالاتفاق . والرابع : أن تكون الجناية في حال الضمان والسرابة في حال الاهدار فهل يسقط الضمان أم لا ؟ على وجهين .
فاما القسم الأول فله امثلة .

(منها) لو جرح ذمياً فأسلم ثم مات فلا قود ، وهل يجب فيه دية مسلم أو دية ذمى على وجهين
اختار القاضى وأبو الخطاب وجوب دية ذمى اعتباراً بحال الجناية وابن حامد وجوب دية مسلم ،
وذكر ابن أبى موسى أنه نص أحمد وبكل حال فالدية تكون لورثته من المسلمين لأنه استحق
ارش جرحه حياً فملكه ثم أسلم ومات فاتقل مامله الى ورثته المسلمين ذكره القاضى في خلافه

(١) في ٢١١ : وخرج من أثناء النخ

وأبو الخطاب في الانتصار (ومنها) لو جرح عبداً ثم اعتق ثم مات من الجرح فهل يضمن بقيمته أو بديته على رواتين، ونقل حنبل عن أحمد يضمنه بقيمته لا بالدية وكذلك ذكره أبو بكر في خلافه ونصره القاضي في الخلاف أيضاً، ونقل ابن منصور عنه فمن ضرب بطن أمة فاعتقت ثم اسقطت جنيناً حياً ثم مات هو حر وعليه دية لأن العتق لا يجب إلا بالولادة وهذا اختيار ابن حامد، وحكى عنه القاضي أنه يجب أقل الأمرين من قيمة العبد أو الدية. وحكى أبو الخطاب عن القاضي أن ابن حامد أوجب دية حر للولى منها أقل الأمرين من نصف الدية أو نصف القيمة والباقي لورثته. وذكر القاضي في المجرد احتمالاً بوجوب أكثر الأمرين من القيمة أو الدية. وذكر ابن أبي موسى أن المنصوص في النكاح إذا أسلم وجوب دية مسلم وفي العبد إذا عتق قيمة عبد ثم خرج المسألة على رواتين وعلى الأول فجميع القيمة للسيد ذكره أبو بكر والقاضي والأصحاب لأن السراية لا تثبت منفردة وإنما تجب تابعة للجناية وقد ثبت أرش الجرح للسيد حين كان المجروح عبداً لا يملك فتتبع السراية الجناية ويكون أرشها مستحق أرش الجناية وهو السيد، وهكذا لو باعه المولى بعد الجرح ثم مات عند المشتري فالقيمة كلها للأول ذكره القاضي، وذكر ابن الزاغوني في الاقتناع فيما إذا قطع يدي عبد وقيمه ألفا دينار فاعتقه سيده ثم مات احتمالين. أحدهما: أن الألفين بين السيد والورثة نصفين توزيعاً للقيمة على السراية والجناية. والثاني: يقسم بينهما أثلاثاً لأن السيد ما يقابل اليدين وهو كمال الدية وللورثة كمال الدية وهو بقدر نصف القيمة ولاقصاص على الحر المسلم في هذه المسألة والتي قبلها لاتفاء المكافاة حال الجناية.

« تنبيه » ذكر القاضي في خلافه أن رواية الضمان بدية حر نقلها حرب عن أحمد وتبعه صاحب المحرور زاد أن السيد منها أقل الأمرين ولم ينقل حرب شيئاً من ذلك وإنما نقل أنه ذكره قول الزهري يضمنه بقيمته يملك فقال ما أدري كيف هذا ولم يجب بشيء، وهذا يدل على أنه أنكر ضمانه بالقيمة وإنما نقل ابن منصور عن أحمد أنه يضمنه بدية حر كاملة باللفظ الذي زعم القاضي أن حرباً نقله (ومنها) لو ضرب بطن أمة حامل فاعتقت أو جنينها ثم القته ميتاً فهل يضمنه بغرة جنين حر أو بقيمة جنين أمة على وجهين، وكذلك لو ضرب بطن نصرانية حامل بنصراني فأسلمت ثم القت جنيناً ميتاً هل يضمنه ضمان جنين مسلم أو ذمي على الوجهين (ومنها) لو قطع يدي عبد وقيمه ألفان ثم سرت إلى نفسه ومات وقيمه ألف [فقال القاضي في خلافه قياس المذهب أنه يضمنه بالفين لأن نقصان القيمة] كنقصان بدله بالحرية وقد قلنا يضمن بالفين إذا عتق كذلك ما هنا قال وهذا

موضع يجمع عليه لأن موته حصل بقطع يده وقيمته في تلك الحال الفان، ويتحقق هذا ما إذا جرح ذى خطأ ثم أسلم وسرى الجرح الى النفس وفيه ثلاثة أوجه مذكورة في المغنى والمحرر. أحدها: الدية على عاقلة حال الجرح وبه جزم في الكافي والمحرر اعتباراً بمحال الجنائية. والثاني: على عاقلة ارش الجرح والزائد بالسراية في ماله لأنه حصل بعد مخالفته لدين عاقلة. والثالث: الدية كلها في ماله كما لو اختلفت دينه حال الرمي والاصابة على ما يأتي ذكره لأن ارش الجرح إنما يستقر بالاندمال أو السراية، ولو كان الجاني ابن معتقة لقوم ثم انجز ولاؤه الى موالى أبيه ففى المحرر هو على هذا الخلاف وفي الكافي الدية في ماله ولم يذكر خلافاً.

وأما القسم الثاني فن أمثله: ما إذا جرح عبداً حريباً ثم عتق ثم مات، أو جرح عبداً مرتداً ثم عتق ثم مات فلا ضمان لأن الحربى والمرتد لا يضمن حراً كان أو عبداً
وأما القسم الثالث فله أمثلة: (منها) لو جرح حريباً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان (ومنها) لو جرح مرتداً ثم أسلم ثم مات فلا ضمان أيضاً. وذكر صاحب الترغيب أن الضمان هنا يخرج على الضمان فيما إذا طرأ الإسلام بعد الرمي وقبل الاصابة (ومنها) لو جرح صيداً في الحل ثم دخل الحرم فمات فيه فلا ضمان ويحل أكله لأنه ذكاة في الحل ذكره القاضي ونصر عليه أحمد في رواية ابن منصور، وقد سأله عن قول سفيان في صيد ذمى في الحل فتحمّل فدخل الحرم فمات قال ليس عليه كفارة ويكره أكله لأنه مات في الحرم. قال أحمد ما حسن ما قال. وهذه الكراهة كراهة تنزيه (ومنها) لو جرح عبد نفسه ثم عتق ثم مات فهل يضمن أم لا على وجهين ذكرهما في الترغيب لأن عبد نفسه إنما يهدر ضمانه على السيد دون غيره فهو مضمون في الجملة بخلاف المرتد والحربى وظاهر كلام القاضي أنه يضمنه بدية حر، وأما على قول أبي بكر أن الضمان بالقيمة فلا اشكال في عدم ضمانه ولهذا أخرجه صاحب الكافي على الوجهين في الاعتبار بمحال الجنائية أو السراية.

وأما القسم الرابع فله أمثلة: (منها) لو جرح مسلماً أو قطع يده عبداً فارتد ثم مات فهل يجب القود في طرفه أم لا على وجهين المرجح منهما عدمه لأن الجراحة صارت نفساً لا قود فيها بالاتفاق، وفي الترغيب أصل الوجهين الخلاف فيما إذا قطع يده عبداً فسرت الى نفسه هل يقتص في الطرف ثم في النفس أم في النفس حسب؟ وعلى وجه ثبوت القود هل يستوفيه الامام أو وليه المسلم على وجهين، والمحكى عن أبي بكر أنه يستوفيه الولي. قال في الترغيب أصلهما أن ماله هل هو في أو لورثته وهو ظاهر كلام الامدى، قال في الترغيب وعلى القول بأن الوارث

يستوفيه لو عفا على مال لم يكن له المال لامتناع إرمته وفي المحرر الوجهان على قولنا ماله فيه ، وأما ضمان طرفه فقبه وجهان أحدهما لاضمان أيضاً لأن الجناية صارت نفساً مهددة والثاني يضمن لثبوت ضمان الطرف قبل الردة ، ثم هل يضمن بأقل الأمرين من دية النفس أو الطرف أو بدية الطرف مطلقاً على وجهين المرجع منهما الأول لم يذكر في المحرر سواء (ومنها) لو جرح صيداً في الحرم فخرج إلى الحل فمات لومه كمال ضمانه ذكره القاضى وأبو الخطاب في خلافيهما تفليها لاضمان الصيد حيث كان له حالان يضمن في أحدهما دون الآخر كالتولد بين ما كول وغيره ، ويتوجه أن يضمن أرش جرحه خاصة من المسئلة التي قبلها .

(القاعدة التاسعة والمشرعون بعد المائة)

اذاتين (١) حال المرمى أو الرامى بين الرمى والاصابة ، فهل الاعتبار بحال الاصابة أم بحالة الرمى أم بفرق بين القود والضمنان أم بين أن يكون الرمى مباحاً أو محظوراً أو فيه للاصحاب أوجه يتفرع على ذلك مسائل :

(منها) لو رمى مسلم ذمياً أو حر عبداً فلم يقع بهما السهم حتى أسلم الذمى وعق العبد ثم ماتا فمهل يجب القود أم لا على وجهين . أحدهما : لا يجب وهو قول الحرق وابن حامد ومصححه القاضى لفقد التكافؤ حين الجناية وهو حالة الارسال فهو كما لو رمى إلى مرتد فأسلم قبل الاصابة . والثاني : يجب وهو قول أبي بكر وأخذه بما روى الحسن بن محمد بن الحارث عن أحمد في رجل أرسل سهماً على زيد فأصاب عمرو قال هو عمد عليه القود فاعتبر الرمى المحظور اذا أصاب به معصوماً وإن كان غير المقصود . وفرق أبو بكر بين رمى المرتد والذى بان رمى المرتد مباح وردة القاضى بان رميه للامام لا إلى آحاد الناس فهو غير مباح لأحاديهم وأما النص المذكور فلم يجب عنه القاضى ويمكن الجواب عنه بأنه قصد هناك مكافئاً وأصاب نظيره وهنا لم يقصد مكافئاً ، وقد خرج صاحب الكافي وجوب القصاص في مسألة النص على قول أبي بكر وقد تبين أنها أصله وأما صاحب المحرر فجعله خطأ بتير خلاف لأنه أصاب من لم يقصده فأشبه ما إذا قصد صيداً وهذا ضعيف لأنه قصد معصوماً فأصاب نظيره بخلاف من قصد صيداً ، ولهذا لو قصد صيداً ميتاً فأصاب غيره حل بخلاف ما إذا رمى هدفاً يعلبه فأصاب صيداً فإنه لا يلجأ إلى لو ظن الهدف صيداً فأصاب صيداً فوجهان وقد يتخرج هاهنا مثلها لو رمى هدفاً يظنه آدمياً معصوماً فأصاب (١) في نسختي الدار : اذا تغير .

أديماً معصوماً غيره لأن أصل الرمي كان محظوراً فهذا الكلام في القود. وأما الضمان فيضمنه بدية حرذ كره الخرق والقاضى والأكثر ولم يحكوا فيه خلافاً حتى نقل صاحب الترغيب اتفاق الأصحاب على ذلك اعتباراً بحالة الإصابة فانه إما أصاب حراً مسلماً وتكون دية المعتق لورثته دون السيد ذكره القاضى (ومنها) لو رمى إلى مرتد أو إلى حربى فأسلما ثم وصل اليهما السهم فقتلما فلا قود بغير خلاف لأن دمهما حال الرمي كان مهدياً يوهل يجب الضمان فيه ثلاثة أوجه . أحدها وجوبه فيهما قاله القاضى في خلافه والامدى وأبو الخطاب في موضع من الهداية وعزاه غير واحد إلى الخرق اعتباراً بحالة الإصابة وهما حينئذ مسلمان معصومان ولا أثر لانتفاء العصمة حال السبب كما لو حفر بئراً لهما فوقهما فيها بعد إسلامهما فانه يضمنهما بغير خلاف ذكره القاضى وغيره. قال القاضى ولا نسلم أن رمى الحربى والمرد مباح مطلقاً بل هو مراعاة فإن أسلم قبل الوقوع تبين أنه لم يكن مباحاً. والثاني لاضمان فيهما وهو أشهر وحكاه القاضى في روايته عن أبي بكر في المرتد وقال لا خلاف فيه في المذهب لأن ربهما كان مأموراً به وقد حصل على وجه لا يمكن تلافيه فأشبه ما إذا جرحهما ثم أسلما. والثالث يضمن المرتد دون الحربى وأصل هذا الوجه طريقة القاضى في المجرى وابن عقيل وأبو الخطاب في موضع من الهداية انه لا يضمن الحربى بغير خلاف وفى المرتد وجهان ، والفرق أن المرتد قتله إلى الامام فالرامي إليه متعمد وهو كالرامي إلى الذمى بخلاف الحربى فان لكل أحد قتله فرميه ليس يمدوان اما عكسه وهو لما رمى إلى معصوم فأصابه السهم وهو مهتر كسلم ارتد وذمى نقض العهد بين الرمي والإصابة فلا ضمان بغير خلاف أعلاه بين الأصحاب لأن الإصابة لم تصادف معصوماً فهو كما لو رمى معصوماً فأصابه السهم بعد موته وكذلك لو رمى عبداً قيمته عشرون ديناراً فأصابه السهم وقيمه عشرة فانه يضمنه بقيمته وقت الإصابة لا وقت الرمي بغير خلاف ذكره القاضى وغيره (ومنها) لو رمى الذمى سهماً إلى صيد فأصاب أديماً وقد أسلم الرامي فقال الامدى يجب ضمانه في ماله لانه لم يكن مسلماً حال الرمي لتعقله عاقلة المسلمون ولا يجب على عاقلة من أهل الذمة لأنه حين الإصابة كان مسلماً وبذلك جزم صاحب المحرر والكافى وكذلك حكم ما إذا رمى بن معتقة فلم يصب حتى أنجز ولاؤه إلى موالى أيه ولو رمى مسلماً سهماً ثم ارتد ثم أصاب سهمه فقتل قبل تجب الدية في ماله اعتباراً بحال الإصابة أم على عاقلة اعتباراً بحال الرمي على وجهين ذكرهما صاحب المستوعب. ويخرج منها في المستثنين الاثنين وجهان أيضاً أحدهما أن الضمان على أهل الذمة وموالى الام. والثاني انه على المسلمين وموالى الارب (ومنها) لو رمى الحلال إلى صيد ثم أحرم قبل أن يصيبه ضمنه ولو رمى المحرم إلى صيد ثم

أحل قبل الإصابة لم يضمه اعتباراً بحال الإصابة فيما ذكره القاضي في خلافه في الجنايات قال ويحيى على قول أحمد فيمن رمى طيراً على غصن في الحل أصله في الحرم أن يضم هنا في الموضعين تغليبا للضمان انتهى. ويتخرج عدم الضمان فيما إذا رمى وهو محل ثم أحرم من عدم ضمان الحر إذا أسلم قبل الإصابة اعتباراً بآباجة الرمي، إلا أن يفرق بأن قصد الإحرام عقيب الرمي سبب إلى الجنابة على الصيد فيه ولا سيما أن قصد الرمي قبل الإحرام لذلك (ومنها) لورمي الحلال من الحل صيدا في الحرم فقتله فعليه ضمانه على المنصوص قال أحمد في رواية ابن منصور في رجل رمى صيدا في الحل فأصابه في الحرم قال عليه جزاؤه. وقال أيضاً في روايته وذكر له قول سفيان لو رمى شيئاً في الحل فدخلت رميته في الحرم فأصابت شيئاً ضمن لأن يده التي جنت. قال أحمد ما أحسن ما قال! وكذلك نص أحمد في رواية ابن منصور في شجرة في الحل غصنها في الحرم عليه طير لا يرمى ولم يفصل بين رمية من الحل والحرم وهذا جزم ابن أبي موسى والقاضي والأكثرون ولم يذكر القاضي في خلافه سواء لأنه صيد معصوم بمحله فلا يباح قتله بكل حال وفيه الضمان. وذكر القاضي في المجرى وأبو الخطاب وجماعة رواية أخرى أنه لا يضمه اعتباراً بحال الرامي ومحلّه وهو ضعيف ولا ثبت عن أحمد وإنما أخذه القاضي من رواية ابن منصور في إباحة الأصطياد بالكلب وأرساله من الحرم إلى الحل. قال فظاهر هذا أنه متى كان أحدهما في الحل والآخر في الحرم فلا ضمان ولا يصح لوجهين. أحدهما أن النص في الكلب والكلب له فعل اختياري فإذا أرسله في الحرم على صيد في الحل فهو بمنزلة من وكل عبده في الحرم في شراء صيد من الحل وذهب فيه. وهذا بخلاف ما إذا أرسل سهمه لأنه منسوب إلى فعله ولهذا فرق أحمد في رواية ابن منصور بين أن يرسل سهمه من الحل إلى صيد في الحل فيدخل الحرم فيقتل فيه فيضمنه وبين أن يرسل الكلب فلا يضم لأن دخول الكلب إلى الحرم بإختياره ودخول السهم بفعل الرامي. ولهذا لو أصاب سهم هذا آدمياً لضمنه ولو أصاب الكلب آدمياً لم يضمنه وإلى هذا التفريق أشار ابن أبي موسى حيث ضمن في رمي السهم في المستثنين ولم يضمن في صيد الكلب إذا أرسله في الحل فصاد في الحرم إلا أن يرسله بقرب الحرم، وأما إن أرسله في الحرم فصاد في الحل لحكى فيه روايتين قالوا لا يظهر عنه أنه لاجزاء فيه ولكن القاضي إنما صرح بالخلاف في الكلب وأبو الخطاب هو الذي طرد الخلاف في السهم. والوجه الثاني أن هذا النص إنما يدل على انتفاء الضمان فيما إذا أرسل سهمه من الحرم على صيد في الحل لأن صيد الحل غير معصوم فلا يصح إلحاق صيد الحرم به، وقد فرق طوائف من الأصحاب بين الصورتين فمنهم من جزم بنفي الضمان

فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل وبالضمان في العكس من غير خلاف حكاه فيها وهو في المبهج للشيرازي. ومنهم من حكى الخلاف فيها وصحح الفرق وهو صاحب المغني، ومنهم من حكى الخلاف فيما إذا أرسل سهمه من الحرم إلى الحل ولم يحك الخلاف في ضمان عكسه وهو القاضي في خلافه وأخذ نفي الضمان في الصورة الأولى من رواية ابن منصور المذكورة والضمان من رواية ابن منصور أيضاً عن أحمد فيمن قتل صيداً على غصن في الحل أصله في الحرم أنه يضمته. وفي أخذ الضمان من هذا نظر فإن الغصن تابع لحل معصوم وهو أصل الشجرة الذي في الحرم فكان حكمه حكم الحرم بخلاف الحل ولهذا لم يفرق أحمد بين قتله من الحل أو من الحرم فدل على أن حكم الغصن عنده حكم الحرم ونقل ابن منصور عنه أيضاً وذكر له قول سفيان في شجرة أصلها في الحل وأغصانها في الحرم وعليها طير فرماه إنسان فصرعه. قال ما كان في الحل فليرم والحرم فلا يرم قال أحمد ما أحسن ما قال! فجعل القاضي هذه رواية ثانية مخالفة للأولى وحكى في الصيد الذي على غصن في الحل أصله في الحرم روايتين وليس كذلك فإن أحمد ضمن الصيد في الأولى الحاقاً للفرع بأصله في الحرم ولم يضمن في الثانية الحاقاً للفرع بأصله في عدم الحرم وإما ضمن ما كان على الغصن الذي في الحرم لأنه في الهواء الحرم وهو معصوم بمحله وهو الحرم وجعل ابن أبي موسى الغصن تابعا لقراره من الأرض دون أصله وهو مخالف لنص أحمد (ومن هنا) هل الاعتبار بحال الصيد باهلية الرامي وسائر الشروط حال الرمي أو الإصابة فيه وجهاً. أحدهما الاعتبار بحال الإصابة وبه جزم القاضي في خلافه في كتاب الجنائيات وأبو الخطاب في ردوس المسائل فلو رمى سهماً وهو محرم أو مرتد أو محوسى ثم وقع السهم بالصيد وقد حل أو أسلم حل أكله ولو كان بالعكس لم يحل، وقد سبق الخلاف في المحرم. والثاني الاعتبار بحال الرامي قاله القاضي في كتاب الصيد وأخذ من نص أحمد في رواية يوسف بن أبي موسى في رجل رمى بنشاب وسمى فمات الرامي قبل أن يصيب فلا بأس بأكله إذا رماه بما يجرح وفرغ عليه ما إذا رماه جميعاً فإصابه سهم أحدهما أولاً فانحته ثم أصابه سهم الآخر فقتله أنه يجوز أكله لأن الثاني أرسل سهمه قبل امتناعه والقدرة عليه. قال وقد أوما إليه أحمد في رواية محمد بن الحكم في رجلين رميا صيداً فإصاباه جميعاً فإن كانا قد ذكياه جميعاً أكلاه قال القاضي معناه إذا كانا رميا جميعاً بماله حد ولم يفرق بين أن يتقدم إصابة أحدهما على الآخر أو يتأخر انتهى. وما يتفرع على ذلك التسمية فإنها تشترط عند الإرسال ولو سمي بعد إرساله فإن أنجز بالتسمية وزاد جريه كفي ولا فلا نص عليه في رواية الميموني. وقال القاضي في كتاب الجنائيات إنما اعتبرت التسمية وقت الإرسال لمشقة معرفته

وقت الاصابة .وهنا مشعر بأنه لو سمي عند الاصابة مع العلم بها لاجراً .

{ القاعدة الثلاثون بعد المائة }

المسكن والخدام والمركب المحتاج اليه ليس بمال فاضل يمنع اخذ الزكوات ولا يجب فيه الحج والكفارات ولا يوفى منه الديون والتفقات . نص على ذلك احمد في مسائل :

(منها) الزكاة قال ابو داود سئل احمد عن رجل له دار يقبل من الزكاة قال نعم ! قلت هي دار واسعة قال أرجو ان لا يكون به بأس عقيل له فان كان له خادم قال أرجو ، قيل له فرس قال ان كان يغزو عليه في سبيل الله فأرجو أن لا يكون به بأس . وقال جعفر بن محمد سئل ابو عبد الله عن رجل عنده جارية تساوي مائة دينار يحتاج اليها للخدمة ياخذ من الزكاة قال نعم ! وسئل عن الدار قال اذا لم يكن فضل كثير ما يحتاج اليه يعطى ، وقال في رواية ابن الحكم يعطى من الزكاة صاحب المسكن وان كان له مسكن يفضل عنه .

ويتفرع على هذا : ان العرض الذي لا يباع على المفلس في دينه اذا كان بقي يدين صاحبه ويده نصاب فانه لا يجعل الدين في مقابلته حتى يزكى النصاب بغير خلاف لانه لا يجب صرفه الى جهة الدين ووفائه منه ، واما ما يباع على المفلس فهل يجعل الدين في مقابلته ويزكى النصاب على روايتين (ومنها) الحج قال احمد في رواية الميبوقى اذا كان المسكن والمسكنين والخدام أو الشيء الذي يعود به على عياله فلا يباع اذا كان كفاية لاهله ، وقد يكون المنزل يكرها انما هي قوته وقوت عياله فاذا خرج عن كفايته ومؤنته ومؤنة عياله باع . والضبيعة مثل ذلك اذا كان فضلاً عن المؤنة باع . وقال في رواية ابن الحكم اذا كان لرجل ارض فلا يرى أن يبيع ويحج ولا يجب عليه عندي إلا أن يشاء . قال اصحابنا ولا فرق بين أن يكون المسكن والخدام في ملكه أو يده تقدير يدشراهما به في هذا الباب (ومنها) المفلس ولا حرج فيه نصوص كثيرة أنه لا يباع المسكن إلا ان يكون فيه فضل فيباع الفضل ويترك له بقدر الحاجة منه نص عليه في رواية ابن الحارث وابي طالب . واما الخدام فلا يباع عليه اذا كان محتاجاً اليه لزم أن أكبر أو حاجة غيرهما نص عليه احمد في رواية عبد الله وابي طالب وغيرهما ، وقال في رواية اسمعيل بن سعيد اذا كان مسكناً واسماً نفيساً أو خادماً نفيساً يشتري له ما يقيمه ويجعل سائرته للفرماء وكذلك نقل عنه موسى بن سعيد ولا فرق بين أن يكون الخادم والمسكن في ملكه أو يحتاج اليهما فيترك له ثمنهما على ظاهر كلام الاصحاب فانهم قالوا لو كان مسكنه وثيابه عين مال رجل يرجع بها وترك له بدلها من بقية المال ليشترى له منه ان لم

يكن فيه من جنسها لأن حق الغريم يتعلق بين ماله بخلاف المفلس فإن حاجته تندفع بغيرها
 أما إذا لم يكن للمفلس سواها وهي عين مال رجل وكان الشراء قبل الإفلاس لم يؤخذ منه وإن
 كان بعده ففي الكافي يحتمل أن يؤخذ منه لثلا يؤدي إلى الحيلة على أخذ أموال الناس (ومنها)
 الشريك في عبدا إذا أعتق حصته وليس له سوى دار وخدام فهو معسر لا يعتق عليه سوى حصته
 ولا يباع ذلك في قيمة حصته شريكه قال ابن منصور قلت لأحمد من أعتق شقصا في عبدا ضمن إن
 كان له مال قال عتق كله في ماله إن كان له مال قلت كم قدر المال قال لا يباع فيه دار ولا ربايع ولم
 يتم لي على شيء معلوم قال القاضي معناه لا يباع مالا غنى له عن سكنه كالمفلس (ومنها) التكفير
 بالمال لا يباع فيه المسكن والخدام ذكره القاضي والأصحاب وقالوا يباع فيه الفاضل عن ذلك حتى
 لو كان له ربة نفيسة يمكن أن يشتري بثمنها رقتان فيستغني بخدمة أحدهما ويعتق الأخرى لزمه
 ذلك، وهكذا الدار والملاسل. وأما إن وجب عليه التكفير وله خادم لا يحتاج إليه ثم احتاج إليه
 قبل التكفير فن الأصحاب من جزم هنا بازوم العتق لانه بمثابة من كان موسرا حال بحث العتق
 ثم أعسر قبل التكفير فإن العتق يستقر في ذمته (ومنها) نفقة الأقارب قال أبو طالب قيل لأحمد
 فإن كان له دار يبيعها وينفق على ابنه قال لا بد له من مسكن إن كان له فضل عن مسكنه فضل عن
 نفقة عياله فلينفق عليهم وإن لم يكن له فضل ولا سعة فلا ينفق عليهم. وصرح صاحب الترغيب بأن
 نفقة القريب لا يباع فيها إلا ما يباع على المفلس في دينه وهكذا ينبغي أن يكون حكم الجزية والخراج
 والمأقلة. وذكر الأمدى أن من وجبت عليه نفقة قريبه فنيب ماله وامتنع منها ووحد الحاكم له
 عقارا فله يبيعهم والنفقة فيه على أقاربه، وكذا ذكر صاحب المغنى في نفقة الزوجة والأولاد ولعل
 المراد بذلك العقار الذي لا يحتاج إليه للسكنى أو أن هذا يختص بالمتنع من النفقة مع قدرته عليها
 للضرورة حيث لم يقدر له على غير عقاره

(القاعدة الحادية والثلاثون بعد المائة)

القدرة على اكتساب المال بالبيع ليس بغنى معتبر، صرح به القاضي في خلافه وفرع عليه
 مسائل :

(منها) إذا قلست المرأة وهي ممن يرغب في نكاحها لم يجبر على النكاح لأخذ المهر بغير خلاف
 (ومنها) أنه لا يجب عليها نفقة الأقارب بقدرتها على النكاح وتحصيل المهر (ومنها) أنه لا تمنع من
 أخذ الزكاة بذلك أيضا (ومنها) لو كان للمفلس أم ولد لم يجبر على إنكاحها وأخذ مهرها وإن كان

يجبر على إيجارها وأخذ أجرتها.

(القاعدة الثانية والثلاثون بعد المائة)

القدرة على اكتساب المال بالصناعات غنى بالنسبة إلى نفقة النفس ، ومن تلزم نفقته من زوجة وخادم وهل هو غنى فاضل عن ذلك على روايتين ، ويتفرع على ذلك مسائل :

(منها) القوى المكتسب لا يباح له أخذ الزكاة بجهة الفقر فانه غنى بالاكتساب ، وهل له الأخذ للفرم إذا كان عليه دين على وجهين. أحدهما له ذلك قاله القاضي في خلافه وابن عقيل في عمده في الزكاة وكذلك ذكره في المجرى والفصول في باب الكتابة . والثاني لا يجوز وبه جزم الشيخ مجدد الدين في شرح الهداية وهذا الخلاف راجع إلى الخلاف في إجباره على التكسب لو فاء دينه كما سنده إن شاء الله تعالى . والاول ظاهر كلام أحمد لأنه أباح السؤال للسكاتب فقال هو مغرم ويباح له الأخذ من الزكاة مع قوته واكتسابه مع أن دينه لا يجبر على الكسب لو فاءه على المذهب فن عليه دين يجبر على الكسب لو فاءه اولى بالأخذ (ومنها) وجوب الحج على القوى المكتسب فان كان بعيداً عن مكة فالمذهب انتفاء الوجوب وإن كان قريباً فوجبان . وقال الشيخ مجدد الدين يتوجه على أصلنا في البعيد أن يجب عليه الحج إن كان قادراً على التكسب في طريقه كما يجبره على الكسب لو فاء دينه ولكن يمكن أن يحرق الله مبنية على المسامحة بخلاف حقوق الأديين ولهذا لا يجب عليه التكسب لتحصيل مال يحج به ولا يعتق به في الكفارة (ومنها) وفاء الديون وفي إجبار المقلس على الكسب للوفاء روايتان مشهورتان . فاما المكاتب فلا يجبر على الكسب لو فاء دينه على المذهب المشهور لأنه دين ضعيف ، وخرج ابن عقيل وجهاً بالوجوب كسائر الديون (ومنها) أن القدرة على الكسب بالحرفة يمنع وجوب نفقته على أقاربه صرح به القاضي في خلافه وكذا ذكر صاحب الكافي وغيره . واما أن لا يمكن له حرفة وهو صحيح فهل تجب له النفقة ؟ حتى أبو الخطاب روايتين وخصهما القاضي بنير المومدين وأوجب نفقة المومدين مطلقاً مع عدم الحرفة وفرق في زكاة الفطر من المجرى بين الأب وغيره وأوجب النفقة للأب بكل حال وشرط في الابن وغيره الزمانة ، وأما وجوب النفقة على أقاربه من الكسب فصرح القاضي في خلافه وفي المجرى وابن عقيل في مفرداته وابن الزاغوني والأكثر بالوجوب . قال القاضي في خلافه فظاهر كلام أحمد أنه لا فرق في ذلك بين الوالدين والأولاد وغيرهم من الأقارب . وخرج صاحب الترغيب المسئلة على روايتين من اشتراط انتفاء الحرفة للاتفاق وهو ضعيف ، وأظهر منه أن يخرج على الخلاف في

اجبار المفلس على الكسب لوفاء دينه (ومنها) أن الفقير المكتسب هل يحتل العقل مع العاقلة فيه روايتان (ومنها) الجزية هل تجب على الفقير المكتسب على روايتين أشهرهما الوجوب .

(القاعدة الثالثة والثلاثون بعد المائة)

يثبت تبعاً مالا يثبت استقلالاً في مسائل :

(منها) شهادة النساء بالولادة يثبت بها النسب ولا يثبت النسب بشهادتهن به استقلالاً (ومنها) شهادة النساء على اسقاط الجنين بالضربة يوجب الغرة إن سقط ميتاً والدية إن سقط حياً (ومنها) شهادة امرأة على الرضاع يقبل على المذهب ويترتب على ذلك انفساخ النكاح (ومنها) لو شهد واحد برؤية هلال رمضان ثم أكملوا العدة ولم يروا الهلال فهل يفطرون أم لا؟ على وجهين . أشهرهما لا يفطرون لثلاثا يؤدي إلى الفطر بقول واحد . والثاني بلى . ويثبت الفطر تبعاً للصوم ومن الأصحاب من قال إن كان غياً أفطروا وإلا فلا (ومنها) لو أخبر واحد بغروب الشمس جاز الفطر ومن الأصحاب من اقتضى كلامه حكاية الاتفاق عليه لأن وقت الفطر تابع لوقت صلاة المغرب ، وله مأخذ آخر وهو أن للغروب عليه امارات تورث ظناً بانفرادها فاذا انضم إليها قول الثقة قوى بخلاف الشهادة برؤية هلال الفطر (ومنها) صلاة التراويح ليلة النجم تبعاً للصيام على أحد الوجهين وذكر القاضي احتمالاً بثبوت سائر الاحكام المعلقة بالشهر من وقوع الطلاق المعلق به وحلول آجال الديون وهو ضعيف هنا ، نعم إذا شهد واحد برؤية الهلال ثبت به الشهر وترتبت عليه هذه الاحكام وإن كانت لا تثبت بشهادة واحد ابتداء صرح به ابن عقيل في عهد الأدلة (ومنها) لو حلف بالطلاق على حديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قاله فرواه واحد ثبت الحديث به ووقع الطلاق وإن كان الطلاق لا يثبت بخبر واحد ذكره ابن عقيل في العمد أيضاً ، ويتخرج عدم وقوع الطلاق في المسئلتين من المسئلة الآتية (ومنها) لو حلف بالطلاق أنه ما غضب شيئاً ثم ثبت عليه بشاهد وعين أو رجل وامرأتين فهل يقع به الطلاق على وجهين وحكاهما القاضي في خلافه في كتاب القطع في السرقة والامدى روايتين وجزم القاضي في المجرم وابن عقيل في الفصول وصاحب المغنى بعدم الوقوع واختار السامري الوقوع وقال صاحب المحرر في تعليقه على الهداية وعندى أن قياس قول من عفا عن الجاهل والناسي في الطلاق أن لا يحكم عليه به ولو ثبت النصب برجلين (ومنها) لو طلق الطلاق بالولادة تشهد بها النساء حيث لم يقبل قول المرأة في ولادتها هل يقع الطلاق في المشهور الوقوع وبه جزم القاضي في خلافه وتبعه الشريف أبو حفص

وأبو المواهب العكبري وأبو الخطاب والآكثرون ويشهد له نص أحد في رواية منها إذا قال لها إن حضت فانت وضرتك طالق فشهد النساء بحيضا طلقنا جميعا ، وخرج صاحب المحرر فيه وجها آخر أنه لا يقع الطلاق من المسئلة التي قبلها (ومنها) لو ادعى المكاتب إذا أخر نجوم البكتابة فأنكره السيد فأتى المكاتب بشاهد وبمين أو برجل وامرأتين على ما قال فهل يعتق أم لا ؟ قال الخرق يعتق ولم يحكم صاحب المغني فيه خلافا وحكى صاحب التزغيب فيه وجهين (ومنها) إذا وقف وقفا معلقا بموته فإنه يصح على النصوص في رواية الميموني وذكره الخرق وقال القاضي لا يصح والاول أصح لأنها وصية والوصايا تقبل التعليل (ومنها) البراءة المعلقة بموت المبرء تصح أيضا لدخولها ضمنا في الوصية نص عليه في رواية المروزي وقاله القاضي والاصحاب وكذلك إبراء المجرور للجاني من دمه أو تحليله منه يكون وصية معلقة بموته ، وهل هي وصية للقاتل على طريقين فعند القاضي هي وصية للقاتل فيخرج على الخلاف في الوصية ، وعند أبي بكر ليس الإبراء والعفو وصية لأنه إسقاط لاتمليك وقال الأمدى هو المذهب قال وإنما يكون إبراء محضاً قبل الاندمال فاما بعده فعلى وجهين (ومنها) إذا قال إذا جاء رأس الشهر فانت طالق بالف فإنه يصح ذكره القاضي وتدخل المعاوضة تبعاً للطلاق إذا قبلته فإنه لا بد من قبولها ، وكذلك لو قالت له إن طلقنتي فلك على الف فطلقها بانت ولزمها الألف ، قال الشيخ تقي الدين ذكر القاضي في خلافه ما يقتضي أنه لا يعلم فيه خلافاً وقاس الشيخ عليه ما إذا قالت ان طلقنتي فانت برء من صدقاتي فطلقها أنه يبرأ من صدقاتها ويقع الطلاق بانثا لأن تعليل الإبراء أقرب الى الصحة من تعاقب التعليل لتردد الإبراء بين الإسقاط والتعليل يقع معلقاً في الجملة والسبق فها هنا كذلك (ومنها) إذا قال من أسلم على أكثر من أربع نسوة ثلما أسلمت واحدة متكن فهي طالق فهل يصح على وجهين . أحدهما : لا يصح لأن الطلاق اختيار والاختيار لا يتعلق بالشرط . والثاني : يصح لأن الطلاق يقبل التعليل والاختيار يثبت تبعاً له وضماً (ومنها) إذا قال رجل لآخر أعتق عبدك غني وعلى ثمنه فقال القاضي في خلافه هو استدعاء للعق والملك يدخل تبعاً وضماً لضرورة وقوع العتق له وصرح بأنه ملك قهرى حتى أنه يثبت للكافر على المسلم إذا كان العبد المستدعي عتقه مسلماً والمستدعي كافراً مع أنه منع من شراء الكافر من يعتق عليه بالملك من المسلمين حيث كان العقد موضوعاً فيه للملك دون العتق ، وكذلك على قياس قوله سراية عتق الشريك وأولى لأنها إتلاف محض يحصل بغير اختيار احد ولا قصده . ويتفرع على ذلك إذا اعتق الكافر المومر شركا له من عبد مسلم فإنه يسرى ولا يخرج على الخلاف في شراء مسلم يعتق عليه بملكه كما فعل أبو الخطاب وغيره (ومنها) صلاة الحاج

عن غيره ركني الطواف تحصل ضمناً وتباً للحج وإن كانت الصلاة لا تقبل النيابة استغناءً لا وقد أشار الإمام أحمد إلى هذا في رواية الشاذلي (ومنها) أن الوكيل ووصى اليتم لهما أن يتناحا برائد على ثمن المثل ما يتغابن بمثلها عادة ولا يجوز لهما هبة ذلك القدر ابتداء ذكره القاضي وغيره ، ولكنهم جعلوا ما أخذوا من الحماية ليست يبذل صريح وإنما فيها معنى البذل وجعلها من هذه القاعدة أولى (ومنها) لو كان له امتان لكل منهما ولد فقال أحدهما ولدي ثم مات ولم يتبين ولم يبين وارثه ولم يوجد قافة أقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فهو حر وأمه معتقة بالاستيلاد وإن كان أقرأته أحلبها في ملكه ، وهل يثبت نسب الولد وورثته أم لا على وجهين . أحدهما أنه لا يثبت نسبه ولا يرث به وهو الذي ذكره القاضي في المجرد وإن عقيل والسامري لأن القرعة لا مدخل لها في الانساب . [قال القاضي ومذان الوجهان مخرجان من الخلاف في دخول القرعة فيما إذا زوج الوليان فلم يعلم السابق منهما] (١) والثاني يثبت نسبه ويرث وهو الذي ذكره القاضي في خلافه وصاحب التلخيص وذكر صاحب التلخيص (٢) أنه قياس المذهب لأنه حر استندت حرته إلى الإقرار فاشبهه بالحر في إقراره (ومنها) لو طلق واحدة معينة من نسائه ثم مات ولم يعلم عينا أقرع بينهما وأخرجت المطلقة بالقرعة ولم يجب عليها عدة الوفاة ، وتحبس لها عدة الطلاق من حينه وعلى البواقي عدة الوفاة في ظاهر كلام أحمد رضي الله عنه لأن الطلاق لما ثبت بالقرعة تبعه لوازمه من العدة وغيرها ، وقال القاضي يمتد الكل باطلول الأجلين وستأق المسألة فيما بعد إن شاء الله تعالى (ومنها) لو قال الحثي المشكل أنا رجل وقبلنا قوله في ذلك في النكاح فهل يثبت في حقه سائر أحكام الرجال تباً للنكاح ويحول بذلك إشكاله أم يقبل قوله في حقوق الله تعالى وفيما عليه من حقوق الآدميين دون ماله منها لئلا يلزم قبول قوله في استحقاقه ميراث ذكره ودينه فيه وجهان .

{ القاعدة الرابعة والثلاثون بعد المائة }

المنع أسهل من الرفع ، ويتخرج على ذلك مسائل كثيرة جداً :

(منها) تخمير الخل ابتداء بان يوضع فيها خل يمنع تخميرها مشروع ، وتخليطها بعد تخميرها ممنوع (ومنها) ذبح الحيوان المأكول يمنع نجاسة لحمه وجلده وهو مشروع وذبج جلده بعد نجاسته بالموت لا يفيد طهارته على ظاهر المذهب (ومنها) السفر قبل التروع في الصيام يبيح الفطر ولو (١) ما بين المربعين عن ٧١٩ فقط . (٢) في نسختي الدار : صاحب المنى .

سافر في اثناء يوم من رمضان فقي استباحة الفطر روايتان والاحتام فيه افضل بكل حال . ونقل ابن منصور عن أحمد رضي الله عنه إن نوى السفر من الليل ثم سافر في أثناء النهار أطهر وإن نوى السفر في النهار وسافر فيه فلا يعصى أن يفطر فيه . والفرق أن نية السفر من الليل تمنع الوجوب اذا وجد السفر في النهار فيكون الصيام قبله مراعى بخلاف ما اذا طرأت النية والسفر في أثناء النهار (ومنها) أن الرجل يملك منع زوجته من حج النذر والنفل فان شرعت فيه بدون اذنه فقي جواز تحليلها روايتان (ومنها) أن وجود الماء بعد التيمم وقبل الشروع في الصلاة يمنع الدخول فيها بالتيمم ، ولو دخل فيها بالتيمم ثم وجد الماء فهل يطل الصلاة أم لا على روايتين ، وكذلك الخلاف في القدرة على نكاح الحرة بعد نكاح الأمة هل يبطل نكاحها على روايتين . ونمنعه ابتداء وكذلك في القدرة على كفارة الظهار بالمتى بعد الشروع في الصيام لا يوجب الانتقال على الصحيح وقبله يوجب (ومنها) ان المرأة تملك منع نفسها حتى تقيض صداقها فان سلت نفسها ابتداء قبل قبض الصداق فهل تملك الامتناع بذلك حتى تقبضه على وجهين . وكذلك اختار صاحب المغنى في البيع ان البائع يملك الامتناع من تسليم المبيع حتى يقبض ثمنه فاذا سلمه لم يملك استرجاعه ومنع المشتري من التصرف فيه والحجر عليه مستندا الى هذه القاعدة وهو خلاف ما قاله القاضي وأصحابه في مسألة الحجر النريب (ومنها) اختلاف الدين المانع من النكاح يمنعه ابتداء ولا يفسخه في الدوام على الأشهر بل يقف الأمر على انقضاء العدة فيه (ومنها) الاسلام يمنع ابتداء الرق ولا يرضه بعد حصوله وإنما استرق ولد الأمة المسلبة لأنه جزء منها فهو في معنى استدامة الرق على المسلم ، وأما الأسرى اذا أسلموا قبل الاسترقاق فانما جاز استرقاقهم لان عقاد سبيهم في الكفر انعقادا تاما فاستند الى سبب موجود في الكفر .

(القاعدة الخامسة والثلاثون بعد المائة)

الملك القاصر من ابتداءه لا يستباح فيه الوطء بخلاف ما كان القصور طارئا عليه، نص على ذلك أحمد رضي الله عنه .

فن الأول: المشترة بشرط الخيار في مدة الخيار وكذلك المشترة بشرط أن لا يبيع ولا يهب وإن باعها فالمشتري أحق بها نص عليه أحمد ونصوه صريحة بصحة هذا البيع والشرط ومنع الوطء قال في رواية عبد الله فيمن باع جاريته على أن لا يبيع ولا يهب البيع جائز ولا يقرها لأن عمر بن الخطاب قال لا يقرب فرجا فيه شرط لأحد ، وكذلك قال مهنا في رواية حرب

وزاد أن اشتراطاً إن باعها فهم أحق بها بالثمن فلا يقربها يذهب إلى حديث عمر حين قال لابن مسعود وكذلك نقل مهنا وقال في رواية أبي طالب فيمن اشترى أمة بشرط لا يقربها وفيها شرط وكذلك نقل ابن منصور وقول عمر الذي أشار إليه هو ما رواه حماد بن سلمة عن عبيد الله بن عبد الله ابن عتبة أن ابن مسعود اشترى جارية من امرأة وشرط لها أن باعها فهي لها بالثمن الذي اشترأها فسأل ابن مسعود عن ذلك عمر بن الخطاب فقال لا ينكحها وفيها شرط. قال حنبل قال عمر كل شرط في فرج فهو على هذا والشرط الواحد في البيع جائز إلا أن عمر كره لابن مسعود أن يطأها لأنه شرط لامرأته الذي شرط فلم يجوز عمر أن يطأها وفيها شرط وكذلك نص أحمد في رواية ابن هانئ على منع الوطء في الأمة المشتراة بشرط التدبير ونص أيضاً في رواية ابن مسعود على منع وطء بنت المدبرة دون أمها و(١) الأصحاب في توجيهه والأمر فيه واضح على مقررناه إذ بنت المدبرة مدبرة من ابتداء ملكها بخلاف أمها، وكذلك نص على المنع من وطء الأمة المملوكة بالعمرى وحمله القاضي على الاستحباب وهو بعيد، والصواب حمله على أن الملك بالعمرى قاصرو لهذا يقول على رواية إذا شرط رجوعها إليه بعد صبح فيكون بمليكا مؤقتا. ومن ذلك الأمة الموصى بمنافعها لا يجوز الوارث وطئها على أصح الوجهين، وهو قول القاضي خلافاً لابن عقيل ولكن لهذه المسئلة ماخذ آخر وهو أن منفعة البضع هل هي داخلة في المنافع الموصى بها أم لا؟ ومن الثاني: أم الولد والمدبرة والمكاتبة إذا اشترطوا وطئها في عقد الكتابة والموجرة والجانية. وأما المهرثة فإما منع من وطئها لوجهين. أحدهما أنه يفرض إلى استيلائها فيبطل الرهن ويسقط حق المرتين. والثاني أن الرهن ممنوع من الانتفاع بالرهن بغير إذن المرتين ولو بالاستخدام وغيره فالوطء أولى.

{ القاعدة السادسة والثلاثون بعد المائة }

الوطء المحرم لعارض هل يستتبع تحريم مقدماته أم لا؟ إن كان لضعف الملك وقصوره أو خشية عدم ثبوته كالأمة المشتراة إذا ملكت بمقد محرم فيحرم سائر أنواع الاستمتاع بها، وإن كان لغير ذلك من الموانع فهو نوعان. أحدهما العبادات المانعة من الوطء وهي على ضربين. ضرب يتمتع فيه جنس القرفة والاستمتاع بالنساء فيمنع الوطء والمباشرة كالاحرام القوى وهو ما قبل التحلل الأول والاعتكاف. وضرب يتمتع فيها الجماع وما أفضى إلى الانزال فلا يمنع بما بعد فضاءه إليه من (١) كاع الأصحاب: بمعنى اختلفوا والكوع تعوج اليدين من قبل الكوع.

اللامسة ولو كانت لشهوة وهو الصيام ، وأما الاحرام الضعيف وهو ما بين التحليل والمذهب أنه يحرم الوطء والمباشرة ، وفيه رواية أخرى أنه يحرم الوطء خاصة . النوع الثاني غير العبادات فهل يحرم مع الوطء غيره فيه قولان في المذهب ويخرج على ذلك مسائل (منها) الحيض والنفس يحرم بهما الوطء . في الفرج ولا يحرم ما دونه في المذهب الصحيح وفيه رواية أخرى بمنع الاستمتاع ما بين السرة والركبة (ومنها) الظهار يحرم الوطء في الفرج وفي الاستمتاع بمقدماته روايتان أشهرهما التحريم (ومنها) الأمة المسبية في مدة الاستبراء يحرم وطئها وفي الاستمتاع بالمباشرة روايتان وصحح القاضي في المجرّد الجواز (ومنها) الزوجة الموطوءة لشبهة يحرم وطؤها مدة الاستبراء وفي مقدمات الوطء وجهان (ومنها) الجلع بين الاختين المملوكتين في الاستمتاع بمقدمات الوطء قال ابن عقيل يكره ولا يحرم ، ويتوجه أن يحرم أما اذا قلنا ان المباشرة لشهوة كالوطء في تحريم الأخت حتى تحرم الأولى فلا اشكال .

(القاعدة السابعة والثلاثون بعد المائة)

الواجب بقتل العمد هل هو القود عينا أو أحد أمرين إما القود وإما المدة ، فيه روايتان معروفتان ويضرح عليهما ثلاث قواعد ، استيفاء القود ، والمغو عنه ، والصلح عنه .

«القاعدة الأولى» في استيفاء القود فيتم حق المستوفى فيه بغير اشكال ثم ان قلنا الواجب القود عينا فلا يكون الامتفاء تفويتاً للمال وان قلنا أحد الأمرين فهل هو تقويت للمالك أم لا وعلى وجهين ، ويضرح عليهما مسائل :

(منها) اذا قتل العبد المرهون فاقص الرهن من قاتله بغير اذن المرنه فهل يلزمه الضمان للمرنه أم لا على وجهين . أشهرهما اللزوم نص عليه أحد في رواية ابن منصور وهو اختيار القاضي والأكثرين [قالوا ولا يجوز له القصاص بدون اذن المرنه] لأن الواجب كان أحد أمرين فاذعنه بالقصاص فقد فوت المال الواجب على المرنه وقد كان تعلق حقه بركة العبد المرهون فيتعلق بيده الواجب فهو كما لو قتله أو أعتقه فضمنه بقيمته في المنصوص وبه جزم في المحرر وقال القاضي والأكثرون بأقل الأمرين من قيمته أو أرش الجناية والخلاف في هذا يشبه الخلاف فيما يضمن به العبد الجاني اذا أعتقه علماً بالجناية . والوجه الثاني لا يلزمه ضمان وصحة صاحب المحرر لأن المال أمانيتين (١) بالاختيار والاختيار نوع تكسب والتكسب للمرنه لا يلزم ولهذا لم يلزم المفسر أخذ المال اذا جنى عليه جناية (١) كذا في نسختي الدار وفي أصلنا أمانيتان .

توجب القود بل له الاقتصاص ولا نعدم شيئاً مع تعلق حقوق الغرماء بإعيان ماله وليس له مال آخر يرم منه فظاهر كلام صاحب الكافي أن الوجهين على قولنا موجب العمد القود عيناً فلما ان قلنا أحد أمرين وجب الضمان لتفويت المال الواجب وهو بعيد فأما ان قلنا الواجب القود عيناً فأما فوت اكتساب المال لم يفوت مالا واجباً فلا يتوجه الضمان بالكلية وأطلق القاضي وابن عقيل من غير بناء على أحد القولين ويتعين بناؤه على القول بأن الواجب أحد أمرين لأنهما صرحا في العفو أنه لا يوجب الضمان اذا قلنا الواجب القود عيناً ، وعلا بأنه انما فوت على المرتن اكتساب المال وذلك غير لازم له والاقتصاص مثل العفو ثم جدت الشيخ محمد الدين صرح بهذا البناء الذي ذكرته (ومنها) اذا قتل عبد من التركة المستغرة بالديون عمداً وقلنا ينتقل الملك الى الورثة فاختاروا القصاص فهل يطالبون بقيمة العبد أم لا ؟ يخرج على المرحون (ومنها) العبد الموصى بمنفعته اذا قتل عمداً فهل مالك الرقبة الاقتصاص بعد اذن مالك المنفعة وهل يضمن أم لا ؟ صرح القاضي في خلافه بالمتنع كالرهن سواء وهذا يخرج على أحد الوجهين وهو أن حق مالك المنفعة لم يعطل بالقتل وأما على الوجه الآخر وهو بطلان حقه بالقتل جمللا للوصية بالمنفعة كالمدة التي لم تقبض فلا يمنع مالك الرقبة من الاقتصاص فلا شيء عليه (ومنها) اذا جنى على المكاتب فهل له أن يقتص بدون إذن سيده ذكر القاضي في المجرد وابن عقيل الجواز لأن المطالبة بالقصاص والعفو عنه الى العبد دون سيده ولو كان قنا وقال القاضي في خلافه قياس المذهب قول أبي بكر في منعه من الاقتصاص من عبيده اذا قتل بعضهم بعضاً لأنه لا يجوز له الاقتصاص بدون إذن سيده وفيه نظر فان القاتل قد فوت مالا مملوكا فهو كقتل الرهن المرحون بقصاص استحققه عليه ، ولكن لا يلزم ضمان المكاتب لسيده لأن السيد لا يستحق انتزاع ذلك منه وهذا بخلاف اقتصاص المكاتب من الجاني عليه فانه لم يفوت به مالا مملوكا له (ومنها) لو قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة الاقتصاص بدون اذن الموصى له ، اذا قلنا هو ملك يتوجه المتنع اذا قلنا ان الجناية أوجبت أحد شيئين فان فعلوا ضمنوا للموصى له القيمة اذا قبل (ومنها) لو قتل عبد من مال المضاربة عمداً فان كان في المال ربح فيها شريكاً وليس لأحدهما الاضرار بالقصاص ولا العفو هذا ظاهر كلام القاضي وابن عقيل فلو اقتصر رب المال بغير اختيار المضارب توجه أن يضمن للمضارب حصته من الربح ان قلنا الواجب بالقتل أحد شيئين .

والقاعدة الثانية في العفو عن القصاص وله ثلاثة أحوال . أحدها ان يقع العفو الى الدية وفيه طريقتان أحدهما بثبوت الدية على الروايتين [وهي طريقة القاضي . والثانية بناؤه على الروايتين]

فان قلنا موجه أحد شيئين ثبت الدية والالم يثبت شيء بدون تراض . منها وهي طريقة أبي الخطاب وابن عقيل وذكرها القاضي أيضا في المضاربة ، فيكون القود باقيا بحاله لانه لم يرض باسقاطه إلا بعوض ولم يحصل له . والحالة الثانية أن يعفو عن القصاص ولا يذكر مالا ، فان قلنا موجه القصاص عينا فلا شيء له ، وان قلنا أحد شيئين ثبت المال وخرج ابن عقيل أنه اذا عفى عن القود سقط ولا شيء له بكل حال حتى كل قول لانه بعفوه عنه تعين الواجب فيه بتصرفه فيه فهو كما لو أسلم على أكثر من أربع ثم طلق احدها فان تعين الاختيار فيها وهذا ضعيف فان اسقاط القود ترك له واعراض عنه وعدول الى غيره ليس اختيارا له ولهذا يملك العفو عن القود والمال جميعا وليس له اختيارهما جميعا بخلاف الزوجات فانه لا يملك طلاق أكثر من أربع ممنه على المشهور .

الحالة الثالثة ان يعفو عن القود الى خير مال مخرج بذلك فان قلنا الواجب القصاص عينا فلا مال له في نفس الامر وقوله هذا لغو ، وان قلنا الواجب أحد شيئين سقط القصاص والمال جميعا ، فان كان ممن لا تبرع له كالفاس المهجور عليه المكاتب والمرضى فيما زاد على الثلث والورثة مع استغراق الديون للتركة فوجهان . أحدهما لا يسقط المال باسقاطهم وهو المشهور لأن المال وجب بالعفو عن القصاص ولا يمكنهم اسقاطه بعد ذلك كالعفو عن دية الخطأ . الثاني يسقط وفي الحر أنه المنصوص عليه لأن المال لا يتعين بدون اختياره له أو اسقاط القصاص وحده وأما إن أسقطها في كلام واحد متصل سقطا جميعا من غير دخول المال في ملكه ويكون ذلك اختيارا منه فنقول لترك المالك فلا يدخل المال في ملكه (١) ، اذا تقرر هذا فهل يكون العفو تفويتا للدال ان قلنا ان الواجب القود عينا لم يكن العفو تفويتا للدال (٢) فلا يوجب ضمانا صرح به القاضي وابن عقيل وكلام أبي الخطاب يدل على وجوب الضمان وصرح في الكافي بأنه على وجهين كما لو اقتص منه في هذه الحالة فان عنده في الضمان وجهين وقد سبق ان ضعف ذلك ومخالفته لظاهر تعليل القاضي وابن عقيل . وكذلك في التناقص ان في الضمان هاهنا وجهين وصحح عدله ولم يذكر في الضمان اذا اقتصر خلافا ، وفرق بعض الاصحاب بين الضمان بالاقتصاص وعدم الضمان بالعفو بانه اذا اقتص فقد استوفى بدل المال فلذلك لزمه الضمان بخلاف ما اذا عفى فانه لم يستوف له بدلا بل فلت عليها جميعا ، ولهذا لو أبرأ أحد الشريكين الغريم من حقه برىء ولم يلزمه الضمان لشريكه بخلاف ما اذا استوفى حقه أو بدله فانه يضمن لشريكه نصيبه منه ، وان قلنا الواجب أحد شيئين فعفى مجانا ففي الكافي هو كالعفو عن المال فان كان مجورا عليه لم يصح وإن كان واهيا ففيه ثلاثة أوجه .

(١) في ٧١١ ويكون ذلك اذا تقرر (٢) ما بين المربعين زيادة من ٧١٢

أحدهما لا يصح وهو اختياره اعني صاحب الكافي كما لا يصح عفو المفلس . والثاني يصح ويؤخذ منه القية تكون رهنا لأنه أتلفه بعفوه وهو قول أبي الخطاب وبه جزم صاحب التلخيص . والثالث يصح بالنسبة الى الراهن دون المرتهن فؤخذ القية من الجاني تكون رهناً مكانه فإذا زال الرهن ردت الى الجاني وهو قول القاضي وابن عقيل ، وأما على الوجه الثاني الذي حكيناه في أصل المسألة في صحة عفو المفلس والمرضى فيما زاد على الثالث ولورثة ونحوهم فيخرج في الضمان وجهان كالإقتصاص اذا قلنا الواجب أحد شيئين ، ويخرج على هذا الأصل مسائل :

(منها) عفو الراهن عن الجناية دلى المهرن وقد ذكرنا حكمه مستوفى (ومنها) عفو المفلس عن الجناية الموجبة للقود ميجانا فالمشهور إنا ان قلنا الواجب القود عيناصح وان قلنا الواجب أحد أمرين لم يصح العفو عن المال ودلى الوجه الآخر الذي قيل إنه المنصوص يصح ، وعلى طريقة من حكى الضمان في المهرن ، وان قلنا الواجب القود عيناً يخرجها هنا مثله (ومنها) عفو المكاتب عن القصاص وحكمه حكم المفلس (ومنها) عفو الورثة عن القصاص مع استغراق الديون وحكمه حكم ذلك (ومنها) عفو المريض عن القصاص وحكمه فيما زاد على الثالث كذلك (ومنها) اذا عفى الوارث عن العبد الجاني دلى العبد الموصى بمنفعته هل يضمن المالك المنفعة قيمتها على وجهين حكاهما في التزغيب والظاهر تخريجهما دلى أن -ق- صاحب المنفعة هل سقط بالتلاف أم لا ، ويتوجه أن لا ينفذ عفوه في قدر قيمة المنافع لاهتمامك للغير اذا قلنا الواجب أحد أمرين وهذا بخلاف العفو عن الجاني على البدل المستأجر لأن الاجارة تنسخ بالقتل ويرجع المستأجر ببقية الاجرة (ومنها) اذا قتل العبد الموصى به لمعين قبل قبوله فهل للورثة العفو عن قاتله بدون اختيار الموصى له به لأن قيمته له صرح بذلك أبو الخطاب والأصحاب ، ويتوجه تخريج ذلك دلى هذا الأصل ان قلنا الواجب القصاص عيناً فلم يجب بهذه الجناية مال فاهم العفو ولا سيما دلى قولنا ان ملكه قبل القبول لم ، وان قلنا الواجب القود عيناً في المهرن يخرجها هنا مثله (ومنها) العفو عن الوارث الجاني في مرض الموت تن دم العمد ان قلنا الواجب القود عيناً فهو صحح وان قلنا الواجب أحد شيئين فكذلك صرح به القاضي في خلافه في مسئلة الوائف على الوارث في المرض ويتوجه فيه وجه آخر بوقوفه على اجازة الورثة .

« تنبيه » أحدهما : لو أطاق العفو عن الجاني عمداً فهل ينزل عفوه دلى القود والدية أو على القود وحده ، حكى صاحب المحرر ثلاثة أوجه . أحدها وذكر أنه المنصوص أنه ينصرف اليها جميعاً ونص عليه أحد رحمه الله في رواية منها . والثاني ينصرف الى القود وحده إلا أن يقر العافي بإرادته

الدية مع القود . والثالث يكون عفوا عنها إلا أن يتول لم أرد الدية فيحلف ويقبل منه . وفي الترغيب أن قلنا الواجب القود وحده سقط ولا دية ، وإن قلنا أحد شيئين انصرف العفو الى القصاص في أحص الروايتين والأخرى يسقطان جميعاً . « الثاني » : لو اختار القصاص فله ذلك وهل له العفو عنه الى الدية أن قلنا الواجب هو القصاص عينا فله تركه الى الدية وإن قلنا الواجب أحد شيئين فعلى وجهين حكاهما في الترغيب . أحدهما نعم ؛ وهو قول القاضي وابن عقيل ولأن أكثر ما فيه أنه معين له النصاص فيجوز له تركه الى مال كما إذا قلنا هو الواجب عينا . والثاني لا ؛ وهو احتمال في الكافي والمحرم لأنه أسقط حقه من الدية باختياره فلم يكن له الرجوع اليها كما لو عفى عنها وعن القصاص . وفارق ماذا قلنا أن القود هو الواجب عينا لأن المال لم يسقط ماسقاطه ويوجب عن هذا بان الذي أسقطه هو الدية الواجبة بالجناية ، والمأخوذ هنا غيره وهو مأخوذ بطريق المصالحة عن القصاص المتعين .

القاعدة الثالثة الصلح عن موجب الجناية ، فإن قلنا هو القود وحده فله الصلح عنه بمقدار الدية وبأقل وأكثر منها إذ الدية غير واجبة بالجناية وكذلك إذا اختار القود أولا ثم رجع الى المال وقتل له ذلك فإن الدية سقط وجوبها وإن قلنا أحد شيئين فهل يكون الصلح عنها صلحا عن القود أو المال على وجهين ؟ يتفرع عليهما مسائل :

(منها) هل يصح الصلح على أكثر من الدية من غير جنسها أم لا ؟ قال أبو الخطاب في الانتصار لا يصح لأن الدية تجب بالعفو والمصالحة فلا يجوز أخذ أكثر من الواجب من الجنس وكذلك قال صاحب التلخيص يصح على غير جنس الدية ولا يصح على جنسها إلا بعد تعيين الجنس من ابل أو بقر أو غنم حذرا من ربا النسبته وربا الفضل ، وأطلق الاكثرون جواز الصلح بأكثر من الدية من غير تفصيل . قال في المغني لأعلم فيه خلافاً وصرح السامري في فروقه بجواز الصلح بأكثر من الدية . وإن قلنا الواجب أحد شيئين وعلل بان القود ثابت فالمأخوذ عوض عنه وليس من جنسه فجاز من غير تقدير كسائر المعاوضات المجازة . وأما القود فقد يقال إنما يسقط بعد صحة الصلح وثبوته وأما مجرى المعاوضة في عقد الصلح فلا يوجب سقوطه فانه إنما يسقطه بعوض فلا يسقط بدون ثبوت العوض له (ومنها) لو صالح عن دم العمد بشقص هل يؤخذ بالشفعة أم لا إن قلنا الواجب القود عينا فالشقص مأخوذ بعوض غير مالى فلا شفعة فيه على أشهر الوجهين وهو قول أبي بكر والقاضي والاكثرين خلافاً لابن حزم ، وإن قلنا الواجب أحد شيئين فهو مأخوذ بعوض مالى إذ هو عوض عن الدية لتعيينها باختيار الصلح صرح به صاحب المغني والتلخيص

وكذلك السامري في المستوعب وهو خلاف ماقرره في الفروق ، ويتوجه على قول من قال الصلح عن القود أن يطرد فيه الوجهان الأولان وهو وقف على إطلاق الاكثرين (ومنها) لو قتل عبده (١) عبداً من مال التجارة عمداً فصالح المالك عنه بمال فذكر القاضي في التخريج أنه إن قلنا الواجب القصاص عينا لم يصير المال المصالح به للتجارة إلا بنية (٢) وعلى بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وإن قلنا أحد شيئين فهو من مال التجارة بغير نية كضمن المبيع ، وعلى بأنه عوض عن المقتول فهو كقتل الخطأ ، وهذا منزل على أن الصلح وقع على المال أما إن قيل إنه واقع عن القود فقد يقال كذلك لأنه بدل عن العبد وقد يقال لا يصير التجارة إلا بنية وظاهر تعليل القاضي يدل عليه لأنه عوض عما كان يستحقه على مالك الجاني من اراقة دمه بخلاف ما إذا أخذ قيمة الجاني أو باعه في الجناية فإنه استوفى المال الواجب بالقتل عوضاً عن العبد المقتول . وذكر القاضي وابن عقيل في المضاربة إذا قتل عبد عبداً من عبيد المضاربة عمداً فصالح عنه بمال من مال المضاربة لأنه بدل بكل حال عن مال المضاربة فهو كالمثلن ولم يبنه على الخلاف في موجب العمداد هو بدل عنه بكل حال فلا حاجة هاهنا الى نية ولكن قد يبنى على ما ذكرناه من أن الصلح هل وقع عن المال أو عن القود وقال أبو البركات في تليقه على الهداية يحتل عندى أنه متى قلنا القصاص يجب عينا أن المضاربة قد بطلت ويكون جميع ماصالح عنه السيد ملكاً جديداً .

{ القاعدة الثامنة والثلاثون بعد المائة }

العين المتعلقة بها حق لله تعالى أو لأدى ، أما أن تكون مضمونة أو غير مضمونة فإن كانت مضمونة وجب ضمانها بالتلف والاتلاف بكل حال ، وإن لم تكن مضمونة لم يجب ضمانها بالتلف ووجب بالاتلاف إن كان مستحق موجود والا فلا ، أما الأول فله أمثلة : (منها) الزكاة فإذا قلنا تعلن بالعين على المشهور فإنها لا تسقط بتلف المال ويجب ضمانها (ومنها) الصيد في حق الحرم وفي الحرم مضمون على المالك بالجزاء . وأما الثاني فله أمثلة كثيرة : (منها) الرهن يضمن (١) في ٧١١ : عبد عبداً . وفي ٧١٢ . لو قتل عبداً من (٢) من هنا الى قوله كقتل الخطأ عبارة أصلنا ويقابل ذلك في ٧١١ [بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وإن قلنا أحد شيئين وهو مال التجارة بغير ركنين وعلى بأنه عوض عن المقتول] وفي ٧١٢ . هكذا [وعلى بأنه ليس بعوض عن المقتول بل عن القصاص وعلى بأنه عوض عن المقتول فهو كقتل الخطأ وإن قلنا أحد شيئين فهو من مال التجارة بغير نية كضمن المبيع]

بالاتلاف مثل أن يستهلكه الراهن أو يعتقه ان كان عبدا ولا يضمن بالتلف (ومنها) العبد الجاني اذا اعتقه سيده فانه يضمنه وهل يضمنه بأرش الجناية مطلقاً أو بأقل الامرين منه ومن قيمته على روايتين ذكرهما القاضى فى المجرد وأنكر فى الخلاف رواية الضمان بالأرش مطلقاً قال لانه أتلف محل الحق فلم يلزمه أكثر من ضمانه بخلاف ما اذا اختار فداءه فانه مع بقاءه قد يرغب فيه راضع فينزل فيه ما يستوفى منه الارش كله فلذلك ضمنه بارش كله على رواية ونقل عنه ابن منصور انه اذا علم بالجناية ضمنه بالأرش كله وان لم يعلم لزمه الأقل ونقل عنه حرب ان لم يعلم فلا شيء عليه بحال وان علم ضمنه بالقيمة فقط ولو قتل المالك لزمه قيمته للجنى عليه ذكره القاضى فى خلافه وان قتل اجنبى قضى الخلاف الكبير يسقط الحق كما لو مات وحكى القاضى فى كتاب الروايتين والامدى روايتين . احدهما يسقط الحق قال القاضى نقلها منها لغوات محل الجناية . والثانية لا تسقط نقلها حرب واختارها أبو بكر وبها جزم القاضى فى المجرد فيتملى الحق بجمته لانها بدله فهو كما لو مات القاتل عمداً فان الدية تجب فى تركته وجعل القاضى المطالبة على هذه الرواية للسيد والسيد يطلب الجاني بالقيمة (ومنها) اذا قتل رجلاً عمداً ثم قتل القاتل قال احمد فى رواية ابن ثواب فى رجل قتل رجلاً عمداً ثم قتل الرجل خطأ لم الدية قيل له وان قتل عمداً قال وان تمل عمداً فليل له فان قوماً يقولون انه إذا قتل انما كان لهم دمه وليس لهم الدية قال ليس كذلك الحديث ان أولياءه بالخيار ان شاؤوا قتلوا وان شاؤوا قبلوا الدية فقد نص على أن القاتل اذا قتل تعينت الدية فى تركته وعال بان الواجب بقتل العمداً حديثين وقد فات أحدهما هذين الآخر . وهذا يدل على أنه لا يجب شيء اذا قلنا الواجب القود عيناً وهذا يقوى على قولنا ان الدية لا تثبت الا بالتراضى . وخرج الشيخ تقي الدين وجهاً آخر وقواه أنه يسقط الدية بموت القاتل أو قتله بكل حال معصراً كان أو مومراً وسواء قلنا الواجب القود عيناً أو أحد شيئين لأن الدية إنما تجب بأزاء المفرد وبعد موت القاتل لا عفو فيكون موته كموت العبد الجاني والعجب من القاضى فى خلافه كيف حمل هذه الرواية على أن أولياء المقتول الأول يغيرون فى القاتل الثانى بين أن يقتصروا منه أو يأخذوا الدية وتبعه على ذلك صاحب المحرر لحكاية رواية ومن تأمل لفظ الرواية علم أنها لا تدل على ذلك البتة وقال القاضى أيضاً فى خلافه الدية واجبة فى التركة سواء قلنا الواجب أحد شيئين أو القصاص عيناً وكلام أحمد يدل على خلاف ذلك كما رأيته وكذلك نص عليه فى رواية ابن القاسم فى الرجل يقتل عمداً ثم يقدم ليقادمنه فيأتى رجل فيقتله قال الولي الأول بالخيار ان شاء قتل وان شاء أخذ الدية فلما ذهب الدم فنظر الى أولياء هذا المقتول الثانى فان هم أخذوا الدية من القاتل الاخير فقد صار ميراثاً من

ماله ثم يمود أولياء الدم الأول فيأخذونها منهم بدم صاحبهم وكذلك نقل أبو الخطاب عن أحد وقال إذا فاته الدم أخذ الدية من ماله إن كان له مال لأنه مخير إن شاء أخذ الدية وإن شاء عفا وهذا كله تصريح بالحكم والتعليل وجعل المطالبة بالدية لأولياء القاتل الأول لأن الدية في ماله وخرج صاحب المغنى وجهاً أن المطالبة لقاتل القاتل لأنه فوت عمل الحق فهو كما لو قتل العبد الجاني وللأصحاب وجهان فيما إذا قتل الجاني بعض الورثة حيث لا ينفرد بالاستيفاء هل الباقي حصتهم من الدية في مال الجاني أم على المقتصم على وجهين وعلى الأول يرجع ورثة الجاني على المقتصم بما فوق حقه، ونقل صالح وابن منصور عن أحمد في رجل قتل رجلاً فقامت البيعة عند الحاكم فامر بقتله فعدا بعض ورثة المقتول فقتل الرجل بغير أمر الحاكم . فقال هذا قد وجب عليه القتل ماله الحاكم هاهنا وظاهر هذا أنه لا يلزمه ضمان لأنه استوفى الحق لنفسه ولشركائه ولا سيما إن قلنا الواجب بقتل العمد للقول عينا (ومنها) لو عين أضحية أو هدياً لا (١) عن واجب في الذمة فإن أتلفه أو تلف بتفريطه فعليه ضمانه بمثله لأن مستحقه موجود وهم المداكين وإن تلف بغير تفريط فلا شيء عليه، ونزل القاضي في خلافة، وأبو الخطاب في انتصاره [وابن عقيل في عمده رواية] بوجود الضمان كالركاة واخذوه من قول الخرقى ومن ساق هدياً واجباً فمطاب دون عمله فعليه مكانه، وهذا بعيد جداً وكلام الخرقى إنما هو في الواجب في الذمة . قالوا وكذا الخلاف فيمن نذر الصدقة بمال معين ولم يفعل حتى تلف هل يضمنه على الروايتين (ومنها) لو نذر عتق عبد معين فأتى قبل أن يتمه لم يلزمه عتق غيره ولزمه كفارة يمين نص عليه أحمد لمعجزة عن المنذور ، وإن قتله السيد فدل يلزمه ضمانه على وجهين . أحدهما لا يلزمه قاله القاضي وأبو الخطاب لأن القصد من العتق تكميل الأحكام والمصرف للعبد فإذا فات المصرف لم يبق مستحق للعتق . والثاني يلزمه قاله ابن عقيل فيجب صرف قيمة في الرقاب أخذاً من قولنا في الولاء إذا حصل من المعتق في الكفارة صرف في الرقاب والولاء ليس من القيمة لأنه بدل الاكتساب والقيمة بدل الذات وإذا كانت هذه الرقاب مصرفاً فلا وجه لسقوط القيمة عنه، ولو أتلفه اجنبى فقال أبو الخطاب لسيده القيمة ولا يلزمه صرفها في العتق وخرج بعض الأصحاب وجهاً بوجوبه وهو قياس قول ابن عقيل لأن البدل قائم مقام المبدل ولهذا لو وصى له بعبد فقتل قبل قبوله فإن قيمته له إذا قتل . (٢)

(١) في أصلنا: عن واجب في الذمة (٢) كذا في أصلنا وفي ٧١١. وفي ٧١٢: ولهذا: لو وصى بعبد فقتل قوله فإن قيمته له إذا قتل (ولعله الصواب) .

(القاعدة التاسعة والثلاثون بعد المائة)

الحقوق الواجبة من جنس اذا كان بعضها مقدراً بالشرح وببعضها غير مقدّر به ، فهي ثلاثة أنواع . أحدها أن يكون تقدير الحق خشية سوط صاحبه بحيث كان من لم يقدر حقه يستحق الجميع عند الانفراد كذوى الفروض مع العصباء في الميراث فها هنا تد يزيد الحق الذي لم يقدر على الحق المقدر لأنه أقوى منه . والنوع الثاني أن يكون التقدير لنهاية الاستحقاق وغير المقدر . وكولا الى الرأي والاجتهاد من غير تقديره باصل يرجع اليه الا يراد الحق الذي لم يقدر على المقدر هاهنا وله صور :

(منها) الحد والتعزير فلا يبلغ بتعزير الحر والعبد أدنى حدودهما الا فيما سببه الوطء فيجوز ان يبلغ بالتعزير عليه في حق الحر مائة جلدة بدون نفى وقيل لا يبلغ المائة بل ينقص منه سوطا وفي حق العبد خمسين الاسوطا ويجوز النقص منه على ما يراه السلطان ، ومن الاصحاب من حكى أنه لا يبلغ بالتعزير في معصية حدا مشروعا في جنسها ويجوز أن يزيد على حد غير جنسها . قال في المفتي ويحتمله كلام أحمد والخرقي . وعن أحمد لا يزداد في كل تعزير على عشر جلدات لخبر أبي بردة (ومنها) السهم من النسيئة والرضخ فلا يبلغ بالرضخ لأدنى سهمه المقدر ولا بالرضخ لمركوب سهمه المقدر . النوع الثالث أن يكون أحدهما مقدرا شرعا والآخر تقديره راجع الى الاجتهاد ولكنه يرجع الى أصل يضبط به قبل هو كالمقدّر أم لا ؟ ان كان محلهما واحدا لم يجاوز به المقدر وفي بلوغه خلاف وان كان محلهما مختلفا فالخلاف في بلوغ المقدر ومجاوزته فالأول كالحكومة اذا كانت في محل له مقدر فلا يجاوز بها المقدر وكذلك المحل وفي بلوغه وجهان والثاني كدية الحر مع قيمة العبد فاذا تجاوزت قيمة العبد فهل تجب القيمة بكالها أم لا يجوز ان يبلغ بها دية الحر بل ينهر منها على روايتين ، وتد يخرج عليها جواز بلوغ الحكومة الارش المقدر مطلقا .

(القاعدة الأربعون بعد المائة)

من سقطت عنه العقوبة باتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضى له المانع فانه يتضاعف عليه الغرم ، ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) اذ قتل مسلم ذميا عمدا ضمنه بدية مسلم (ومنها) من سرق من غير حرز فانه يتضاعف عليه الغرم نفس عليه وقيل يخص ذلك بالثر والكثرة (ومنها) الضالة المكتومة ضمن قيمتها مرتين نفس عليه أحد في رواية ابن منصور معللا بأن التضييع في الضمان هو لدرء القطع وهذا

منوجه دلى أصله فى قطع جاحد المارية (ومنها) لو قطع الأعداء دين الصحيح فانه لا يقتصر منه وتلزمه الدية كاملة نص عليه (ومنها) الصنير اذا قتل عمداً وقتلنا ان له عمداً صحيحاً ضوعف عليه الدية فى ماله (ومنها) السرقة عام المجاعة قال القاضى فى خلافه يتضاعف الترم فيها من غير قطع على قول أحمد لأنه احتج فى رواية الأثرم بحديث عمر فى رقيق حاطب (ومنها) السرقة من الغنيمة اذا قلنا هى كالغلول وان الغال يحرم سببه منها على رواية فيجتمع عليه غرم ماسرقة مع حرمان سببه المستحق منها ، وقد يكون قدر السرقة وأقل وأكثر. وليس من هذه القاعدة تغليظ الدية بقتل ذى الرحم عمداً لأن القصاص فيه قد يكون واجبا فى ذير الابن وانما هو لزيادة جرمة الجنابة فهو كالتضييف بالقتل فى الحرم والاحرام .

(القاعدة الحادية والاربعون بعد المائة)

إذا أُلْتَف عينا تعلق بها حق الله تعالى من يجب عليه حفظها واستيفائها الى مدة معلومة لزمه ضمانها بقيمتها فى ذلك الوقت ، لا يوم تلفها أو بمثلها دلى صفاتها فى ذلك الوقت لا يوم تلفها على أصح الوجوه ، وينخرج على ذلك صور :

(منها) لو ترك السائح زكاة الثمار أمانة بيد رب المال فأتلفها قبل جفافها أو تلفت بتفريطه ضمنها بقدرها يابسا لا رطبا على الصحيح وعنه يضمنها بمثلها رطبا (ومنها) لو أُلْتَف الأضحية أو الهدى فعليه ضمانه بأكثر القيمتين من يوم الانلاف أو يوم النحر ، وفيه وجه يضمنها بقيمتها يوم التلف قبل يوم النحر بكل حال كما لو كان أجنبيا ، وفى الكافى يضمنها بأكثر الأمرين من قيمتها أو هدى مثلها لأنه فوت الأمانة والتفرقة بعد لزومه فله ضمانها كما لو أُلْتَف شئين قال ويشترى بالقيمة هديا ويحتمل أن يتصدق به ، ويتحقق هذا ما إذا أكل المذبح جميع أضحيته أو الهدى مما منع من أكله فانه يضمنه بمثله لحما نص عليه فى رواية ابن منصور ، لا تلزمه الأمانة والتفرقة وقد أتى بأحدهما وبقي الآخر فله ضمانه ولو أُلْتَف غيره فعليه قيمته لأنه لا يلزمه الأمانة فله ضمانه بالقيمة ويشترى بها مثله .

(القاعدة الثانية والأربعون بعد المائة)

مازال من الأعيان ثم عاد باصل الخلقة أو بصنع آدمى هل يحكم على المائد بحكم الأول أم لا ؟ فيه خلاف يطرد فى مسائل :

(منها) لو قلع سنه أو قطع اذنه فأعاده في الحال ثبت والتحم كما كان ولم يرح قبل يحكم بطهارته أم لا نص أحمد على طهارته إذا ثبت والتحم وعلى نجاسته إذا لم يثبت وحكى القاضي المسألة على (١) روايتين ، وقرق ابن أبي موسى بين أن يثبت ويلتحم فيحكم بطهارته لعود الحياة إليه وهذا بخلاف ما إذا لم يثبت وهذا حسن . فإن كان ذلك بجناية جان فالمنصوص عن أحمد أنه لا تؤد فيه ولادة سوى حكومة نفعه واختاره أبو بكر وبناه كثير من الأصحاب على القول بطهارته وقال القاضي حقه بحاله فأما إن اقتصر من الجاني فأعاده والتحم فهل للقتل نص إبانته ثانياً أم لا نص أحمد في رواية ابن منصور على أن له إبانته وعلى أن القصاص للشين والشين قد زال وقال القاضي في المجرد ليس له ذلك (ومنها) لو قلع ظفر آدمي أو سنه أو شعره ثم عاد أو جنى عليه فأذهب شمه أو بصره ثم عاد بحاله فلا ضمان بحال في المذهب لأن أطراف الأدمي لا تضمن بالانتلاف إذ ليست أحوالاً قائماً يضمن بما نقص الجملة ولم يوجد نقص ولا فرق في ذلك بين الحر والعبد صرح به جماعة . ويتوجه التفريق لأن أعضاء الرقيق أموال ولهذا يجوز بيع لبن الأمة دون الحرية على وجه لنا وقد ذكروا في الجارية المنصوبة إذا هزلت عند الغاصب ثم سمحت فهل يضمن نقصها على وجهين والأشبه بكلامه أنه لا ضمان لأنه نص في رواية ابن منصور فيمن كسر خاتماً لغيره إن عليه إصلاحه وبينهما فرق فإن إصلاح الخلل نوع ضمان بخلاف عود السن ولكن صرح صاحب التلخيص بأنه لو غلب جداراً فشققه ثم أعاده فعليه أرش . نفعه إلا أن هذا بناء على أن الواجب الأرش فالبناء عدوان ولا يسهل به الواجب . وكذلك ذكر القاضي فيما إذا باع الغاصب الدار المنصوبة فنقصها المشتري ثم بناها أن على المشتري ضمان قيمتها مبنية ومنقوضة يرجع به على الغاصب (ومنها) نبات الحرم إذا قطعه أو قلع غصنا من شجرة منه ثم عاد فقى ضمانه وجهان وكذلك لو جنى على ريش طائر في الحرم أو الاحرام ثم نبت فهل يضمنه تلى وجيز لتردد ضمان صيد الحرم ونباته . وصيد الحرم بين ضمان الأموال أدهى أموال في الجملة وبين ضمان الأدميين لأنه واجب لحق الله تعالى والأشبه أن صيد الحرم ونباته ملحق بالآدميين لعدمه بمحلله بالنسبة إلى جميع الناس بخلاف صيد الحرم فإن تحرمة يختص به فهو شبه بالأموال المأوكة التي تحمل للمالكها دون غيره (ومنها) لو أعاده حائطاً لوضع خشبه عليه فسقط الجدار ثم أعاده فهل له إعادة الوضع أم لا فيه وجهان ليس له ذلك بدون إذن لأن الثاني غير الأول فلم تتناوله الاعادة والإصلاح ذكره القاضي وابن عقيل في العارية والثاني له ذلك إن أعاده بآلته العتيقة والأفلا وحكى عن القاضي

(١) في أصلنا : ضحكى القاضي في المسألتين روايتين

ولا أظنه يصح عنه ولو كان الوضع مستحقاً بمقد صلح فله الوضع بكل حال وجباً واحداً (ومنها) إذا أجره داراً فانهدم جدارها فأعاده المؤجر فصرح القاضي وابن عقيل بأن هذا المجدد لم يقع عليه العقد وفرعاً عليه أنه لا يجبر على التجديد وكذا ذكر صاحب التلخيص مع قوله أن جدد فلا خيار له ، وحتى وجباً بإجبارها على التجديد كما يجبر على الترميم ، ويتوجه التفريق بين أن تعاد بآلتها العتيقة أو غيرها كافي التي قبلها (ومنها) مسألة الجدار المشترك إذا انهدم وأعاده أحد الشريكين فهل يعود حق شريكه فيه . إن أعاده بآلة جديدة لم يعد وإن كان بآلته العتيقة فوجبان سبق ذكرهما (ومنها) لو وصى له بندار فانهدمت فاعادها فالمشهور بطلان الوصية بزوال الاسم ولا يعود بعود البناء لأنه غير الأول ويتوجه عودها إن أعادها بآلتها القديمة ، وفيه وجه آخر لا تبطل الوصية بكل حال ولو لم يعد بناؤها ، وعلى هذا فهل يستحق انقاضها الموجودة حال الوصية على وجهين يرجعان إلى أن الاعتبار هل هو بحال الوصية أو بحال الموت ، وهل يستحق البناء المتجدد فيها على وجهين أيضاً (ومنها) إذا تهدمت الكنيسة التي تقرر في دار الإسلام فهل يمكنون من أعادتها على روايتين معروفين ، بناء على أن الإعادة هل هي استدامة أو إنشاء ، ولو فتح بلد عنوة وفيه كنيسة متهمة تقرر فهل يجوز بناؤها ؟ فيه طريقتان . أحدهما المنع منه مطلقاً ، والثاني بناؤه على الخلاف في بناء المنهدمة .

(القاعدة الثالثة والأربعون بعد المائة)

يقوم البدل بمقام المبدل ويسد مسده ويبقى - كما على حكم مبدله في مواضع كثيرة ، وقد سبق ذكر بعضها (ومنها) إذا مسح على الخف ثم خلعه فإنه يجزئه غسل قدميه على إحدى الروايتين ولو فاتت الموالاة لأن المسح كل الوضوء وأتمه وقام مقام غسل الرجلين إلى حين الخلع فإذا وجد الخلع وأعقبه غسل القدمين فالوضوء كالتواصل . وعلى هذا لو وجد ما يكفي لغسل بعض أعضاء الحدث الأصغر فاستعمله فيها ثم تيمم بالباقي ثم وجد الماء بعد فوات الموالاة لم يازمه إلا غسل باقي الأعضاء وهو ظاهر ما ذكره الشيخ محمد الدين في شرح الهداية لكنه بناء على سقوط الموالاة للعذر (ومنها) لو ائتمرت المتصانقان ثم وحد أحدهما بما قبضه عيباً وأراد الرد وأخذ بدله في مجلس الرد فهل ياتمهض الصف بذلك أم لا ؟ على روايتين (ومنها) إذا حضر الجمعة أربعون رجلاً من أهل وجوبها ثم تبدلوا في أثناء الخطبة أو الصلاة بثلاثمائة من الجمعة وتمت بهم (ومنها) لو أبدل نصاباً من أموال الزكاة بنصاب من جنسه بنى على حول الأول على المذهب ، ولو أبدله بغير جنسه استأنف

إلا في إبدال أحد التقدين بالآخر فإن فيه روايتين وخرج أبو الخطاب في انتصاره رواية بالبناء في الإبدال من غير الجنس مطلقاً (ومنها) لو أبدل مصحفاً بمثله جاز نص عليه بخلاف ما لو باعه بشئ وذكر أبو بكر في المبادلة هل هي بيع أم لا على روايتين، وإنكر القاضي ذلك وقال هي بيع بلا خلاف وإنما أجاز أحمد إبدال المصحف بمثله لأنه لا يبدل على الرغبة عنه ولا على الاستبدال به يعوض دينوى بخلاف أخذ ثمنه (ومنها) لو أبدل جلود الأضاحي بما ينتفع به في البيت من الآنية جاز نص عليه لأن ذلك يقوم مقام الانتفاع بالجلد نفسه في متاع البيت (ومنها) إبدال الهدى والأضاحي بغير منها وهو جائز نص عليه، وكذلك إبدال الوقت إذا خرب والمسجد إذا بادأهله، وفي الوقت مع عمارته بغير منه روايتان (ومنها) لو مات رب المال وهو في يد المضارب أو شريك العنان وأراد الوارث تقريره واذن له في التصرف جاز، وهل هو ابتداء عقد أو استدامة على وجهين ذكرهما في التلخيص وغيره وأشار إليهما القاضي وابن عقيل بأن كان المال عرضاً وقلنا يصح القراض على العرض فلا كلام وإن قلنا لا يصح فخرجهما القاضي على وجهين . قل في التلخيص إن قلنا هو ابتداء فلا يصح وإن قلنا تقرير جاز لأنه عرض هو اشتراء وجنس رأس المال قد تعين من قبل فرجع إليه بخلاف الابتداء أما إذا مات [العامل] وأراد المالك تقرير وراثته وكان المال عرضاً فهو كالابتداء وجهاً واحداً قاله القاضي والا كثرون، وفرقوا بين موت رب المال وموت العامل بأن رب المال ترك للوارث أصلاً يبنى عليه وهو المال فلذلك صح بناء العقد عليه بخلاف العامل فإنه لم يكن منه سوى العمل وقد زال بموته فلم يخلف لوارثه أصلاً يبنى عليه (ومنها) لو كاتبه على عرض فاداه فوجده معيباً فرده فهل يستحق بدله ولا يرتفع العتق أم يرتفع العتق برده على وجهين وبناءه بعضهم على أن الملك هل حصل بالقبض أم يقف على الرضى (ومنها) لو اعتاض عن دين الكتابة بغير جنسه فهل يمتق المكاتب على وجهين (ومنها) أن العوض هل يقوم مقام المعوض في البر والحنث أم لا على وجهين .

(القاعدة الرابعة والأربعون بعد المائة)

فما يقوم فيه الورثة مقام موروثهم من الحقوق، وهي نوعان: حقه وحق عليه .
فأما النوع الأول فما كان من حقوقه يجب بموته كالدية والعتاص في النفس فلا ريب في أن لهم استيفاءه وسواء قلنا إنه ثابت لهم ابتداء أو منتقل إليهم عن موروثهم ولا يؤثر مطالبة المقتول بذلك شيئاً على المعروف من المذهب، ومال الشيخ تقي الدين إلى أن مطالبته بالقصاص توجب

تحتّمه فلا يتمكنون بعدها من العفو وما كان واجباً له في حياته ان كان قد طالب به أو هو في يده ثبت لهم ارثه (فمنه) الشفعة اذا طالب بها نص عليه أحمد في أكثر الروايات وتوقف في رواية ابن القاسم وقال هو موضع نظر (ومنه) حد القذف ونص عليه أيضاً ويستوفيه الوارث لنفسه بصحك الارث عند القاضي، وقال ابن عقيل فيها قرأته بخطه انما يستوفى للبيت بمطالبة منه ولا ينتقل وكذا الشفعة فيه فان ملك الوارث وان كان طارئاً على البيع الا أنه مبنى على ملك موروثه (ومنه) خيار الشرط ونص عليه أحمد أيضاً (ومنه) الدم نص عليه أحمد في رواية محمد بن موسى والمراد به مادون النفس اذا وجب له في حياته ثم مات من غير سرايته بعد طلبه (ومنه) خيار الرجوع في الهبة اذا طالب به ذكره القاضي في خلافه (ومنه) الارض الخراجية التي يده لان هذا حق قد أحدهم وحازه وكذلك الموات المتحجر وحقوق الاختصاصات التي تحت يده كلها (ومنه) حصّة المضارب من الربح اذا قلنا لا تملك بالظهور فان اشتراطه لحاق العقد مع عمله في المال لأجلها أبلغ من المطالبة باللفظ وهذا بخلاف الغنم ان سلناه على قولنا لا يملك حصته بدون التملك فانه لم يجاهد للقيمة وانما جاهد لاعلاء كلمة الله تعالى والقيمة تابعة، وأمان لم يكن يطالب به فهو ضريان. أحدهما: حقوق التملكات والحقوق التي ليست بمالية كالفقاص وحد القذف فيه قولان في المذهب اشهرهما أنه لا يورث ويندرج في ذلك صور (منها) الشفعة فلا تورث مطالبة على المذهب وله مأخذان أشار اليهما أحمد أحدهما: أنه حق له فلا يثبت بدون مطالبة به ولو علت رغبته من غير مطالبة لسكنى في الارث ذكره القاضي في خلافه. والثاني أن حقه فيها سقط بتركه واعراضه لاسيما على قولنا إنها على الفور، فعلى هذا لو كان غائباً فلمهم المطالبة وليس لهم ذلك على الاول ونقل عنه أبو طالب (١) اذا مات صاحب الشفعة فلولده أن يطلبوا الشفعة تورثه وظاهر هذا أن لهم المطالبة بها بكل حال فانه صرح بنفي (٢) ارثها في رواية منها وغيره وقد وقع التردد في كلامه في ثبوت الارث فيها (ومنها) حق الفسخ بخيار الشرط فلا تورث بغير مطالبة نص عليه أيضاً وخرج أبو الخطاب وغيره وجهاً آخر بآرثه مطلقاً (ومنها) الفسخ الثابت بالرجوع في الهبة فلا يثبت بدون المطالبة أيضاً صرح به القاضي وظاهر كلام [أبي الخطاب] تخيير الخلاف فيه وعن أحمد في الهبة المخصص بها بعض الولد اذا مات الواهب قبل التعديل والرجوع هل للورثة الرجوع أم لا روايتان وماخذهما أن رجوع الوالد في هذه الهبة هل هو من باب الرجوع في الهبة الثانية للوالد دون غيره فلا يقوم غيره فيه مقامه او هو ثابت لاستدراك الظلم والجور، وعلى هذا هل هو مأمور به لحق نفسه حيث ظلم واعتدى فأمر بالتعديل

(١) في ٧١١: أبو الحارث (٢) فيها: يقاء ارثها.

فاذا لم يفعله سقط أو هو مأمور به لحق بقية الاولاد المظلومين فثبت لهم الرد اذا تعذر الرد من جهة ١ (ومنها) حد القذف فلا يورث بدون المطالبة أيضا نص عليه وخرج أبو الخطاب فيه وجها بالارث (١) والمطالبة (ومنها) القصاص فيما دون النفس وظاهر كلام أحمد فيهما أنه يسقط بدون الطلب، وظاهر كلام القاضي والا كثيرين أنه يستوفى وعلاوا بأنه يسقط الى مال فهو اختيار الرد بالمعيب (ومنها) خيار قبول الوصية المنصرص عن أحد أن الوصية تبطل بموت الموصى له قبل وصولها اليه كذلك نقله عنه ابن منصور وغيره وهو اختيار القاضي والا كثيرين اذا مات قبل القبول وقال الخرقى ثبت الخيار بين القبول والرد لورثة (٢) الموصى له لأن الوصية لزمت بموت الموصى فهي كالمملوكة، ونقل صالح عن أبيه اذا أوصى لقرايته أو أهل بيته ثم مات بعضهم بعد الميت وقبل القسمة قد وجبت الوصية لكل من أوصى له اذا كان حيا يوم أوصى له . قال الشيخ مجد الدين وهذا نص لما قال الخرقى وليس بنص فيه لاحتمال أن يكون أثبت ملكا بمجرد الموت من غير قبول أو بالقبول فليس في النص ما ينفيه صريحا ورواية ابن منصور بالطلاق لم يتعرض فيها للقبول بل للقبض. الضرب الثاني : حقوق أملاك ثابتة متعلقة بالاملاك الموروثة فينتقل الى الورثة بانتقال الأموال المتعلقة بها بدون المطالبة بخلاف الضرب الاول فإن الحق في فيه من حقوق المالكين لا من حقوق الاملاك ولهذا لا تنجب الشفعة عندنا لكافر على مسلم لأنه ليس من أهل الاستحقاق على المسلم (ومن صور ذلك) الزهن فاذا مات وله دين برهن انتقل برهنه الى الورثة (ومنها) الكفيل وهو كالرهن لأنه توثقة فهو كالشهادة وعلاه القاضي بأنه يستوفى منه المال فهو كالرهن والضابط عنده ان ما فيه مال ينتقل الى الورثة ومالا فلا (ومنها) الضمان فاذا مات وله دين به ضامن انتقل الى الورثة مضمونا بخلاف ما اذا أحال به رب الدين في حياته فإنه ينفسخ الضمان بالحوالة نص أحمد عليه في رواية منها لأن الأجنبي ليس بخليفة لرب الدين فلا ينتقل اليه بحقوقه بخلاف الوارث (ومنها) الأجل فلا يحل الدين المؤجل اذا أوثقه الورثة برهن أو كفيل في أشهر الروايتين (ومنها) الرد بالعيب وقد تردد القاضي في خلافه هل هو ثابت للورثة ابتداء أو بطريق الارث والمشهور أنه ارث لأن الرد انما يثبت لمن كان العقد له والخيار الثابت بقوات الصنة المشروطة في العقد مثله ذكره القاضي أيضا ممللا بأنه يستحق فيه الارش وذكر القاضي في كتاب التخيير أن من باع سلعة الى أجل ثم مات المشتري فاشترها البائع من وارثه باال من النعم لم يحل لأن الوارث يملكها على

(١) في نسخة الدار : بالارث مطلقا (٢) في أصلنا : لورثته الموصى له

حكم ملك الميت بدليل أنه يردها على بائعها بالعيب فصار الشراء منه كالشراء من المورث وهذا غريب وهو يشبه الوجه الذي حكاه ابن عقيل في بناء الوارث على حول المورث في الزكاة .

النوع الثاني : الحقوق التي هي على الموروث ، فإن كانت لازمة قام الوارث مقامه في إيفائها وإن كانت جائزة فإن بطلت بالموت فلا كلام وإن لم تبطل بالموت فالوارث قائم مقامه في أمضاها وردها ويتخرج على ذلك مسائل :

(منها) إذا مات وعليه ديون أو وصى بوصايا فالورثة تنفذها إذا لم يعين وصيا (ومنها) إذا مات وعليه عبادة واجبة ففعل عنه بعد موته كاللحج والمنذورات فإن الورثة يفعلونها عنه ويجب عليهم بذلك إن كان له مال وإلا فلا . ولو فعلها عنه أجني بدون إذنهم ففي الأجزاء وجهان وكذلك الكفارات الواجبة بالمال قال في المغني إن أعتق فيها الأجني لم يصح وإن أعتق الوارث صح لأنه قائم مقام الموروث في ماله واداء واجباته ، وفي البلغة إن كان له مال صح عتقه عنه وإن لم يكن له مال لم يصح عتقه عنه ويصح إطعامه عنه ، وأما الأجني فلا يصح عتقه عنه وفي صحة إطعامه عنه وجهان ، ولو مات من أوجب أضحية قبل ذبحها فالوارث يقوم مقامه في الذبح

« تنبيه » : كثير من الأصحاب يطلق ذكر الوارث هنا وقال ابن عقيل وغيره هو الأقرب فالأقرب وكذلك قال الخرقى هو الوارث من العصبية ، فاما الوارث بالشفعة فيدخل فيه المصبات وذوو الفروض والرحم ، وأما الوارث لحد القذف فكذلك على المنصوص وقيل يختص بالعصبية وقيل بمن عدا الزوجين من الورثة (ومنها) إذا مات الرهن قبل إقباض الرهن الذي لا يلزمه بدون قبض فوارثه قائم مقامه في اختيار التقييض والامتناع ذكره الأصحاب وقالوا وهو ظاهر كلام أحمد في رواية ابن منصور وأبي طالب (١) لأنه عقد يؤول إلى اللزوم فلا يعطل في الموت كالبيع في مدة الخيار بخلاف الشركة والمضاربة مع أن في المضاربة خلافا سبق (ومنها) إذا مات الواهب قبل لزوم الهبة بالقبض ففيه وجهان . أحدهما يقوم وارثه مقامه في ذلك كالرهن قاله أبو الخطاب والثاني يعطل وهو المنصوص في رواية ابن منصور واختيار ابن أبي موسى وقاله القاضي وابن عقيل في الهبة في الصحة ، وأما العطية في المرض إذا مات قبل إقباضها فجعلوا الورثة فيها بالخيار لشبهها بالوصية .

(القاعدة الخامسة والأربعون بعد المائة)

المتمدة البائن في حكم الزوجات في مسائل :

(منها) أن المبتوتة في مرض الموت ترث في العدة دون ما بعدها على إحدى الروايتين لأن الطلاق مانع من الإرث فلما قصد به الفرار من الحق المتعقد سببه ضاع منه نام يعمل في المنع مادامت علق الزوجية قائمة (ومنها) تحريم نكاح الأخت في عدة أختها البائن ، والخامسة في عدة الرابعة تنزى لا لحالة العدة منزلة حالة النكاح (ومنها) أن المدتين من رجلين (٢) لا يتداخلان فإذا وطئت البائن بشبهة في عدتها أتت عدة الأول واستأنفت العدة للثاني على المذهب فلا تكون محبوسة على رجلين في عدة واحدة كما لا يحبس عليهما في نكاح واحد وإن كان لواطىء بشبهة هو الزوج تدخلت العدتان لأنهما من رجل واحد إلا أن تحمل من أحد الوطئين ففي التداخل وجهان لكون العدتين من جنسين ، وذكر أبو بكر فيما إذا وطئت زوجة الطفل ثم مات عنها ثم وضعت قبل تمام عدة الوفاة أنها لا تحمل له حتى تكمل عدة الوفاة ، قال الشيخ محمد الدين وظاهر هذا تدخل المدتين (ومنها) لو طلق المدخول بها طلاقاً باتناً ثم نكحها في العدة ثم طلقها قبل الدخول فقيها طريقان . أحدهما : أنها على الروايتين في الرجعية إذا رجعت أو طلقت في العدة قبل الإصابة هل تبني أو تستأنف وهو المذكور في المجرّد والفصول والمحرر . والثاني تبني هنا رواية واحدة وهو مافى تعليق القاضى وعمد الأدلة لا تقطع النكاح الثانى عن الأول بالبينونة بخلاف الرجعية (ومنها) لو مات مسلم وزوجته ذمية فأسدت في العدة قبل قسمة الميراث فنص أحد في رواية البرزاطى على أنها ترث ما لم تنقض عدتها ، وعلى هذا فلو أسلت المرأة أولاً ثم ماتت في مدة العدة لم يرثها زوجها الكافر ولو أسلم قبل القسمة لا تقطع علق الزوجية عنه بموتها وحكى القاضى عن أبي بكر أن الزوجين لا يتوارثان بالاسلام قبل القسمة بحال قال وظاهر كلام الأصحاب خلافه وإنه لا فرق في ذلك بين الزوجين وغيرهما كما يرث الزوجان من الدية سواء قيل بمحدثها على ما سلكهم أو على ملك الموروث ولم يذكر القاضى المنصوص عن أحمد ، وأما نفقة البائن فإن كانت بفسخ أو طلاق فلها السكنى والنفقة مع الحل والا فلا هذا ظاهر المذهب لأن النفقة في مقابلة التمكين من الاستمتاع ولهذا لم يجب قبل التسييم ولا مع النشوز. وعنه لها السكنى خاصة إذا لم تكن حاملاً . وعنه لها النفقة والسكنى حكاهما ابن الزاغونى وغيره مطلقاً وقيل هى كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول باذن الزوج مطلقاً .

(١) فى أصلنا من رجل ، وعلى رجل .

{ القاعدة السادسة والأربعون بعد المائة }

تفارق المطلقة الرجعية الزوجات في صور:

(منها) ان في اباحتها في مدة العدة روايتين ، وعلى رواية التحريم فهل يجب لها المهر بالوطء على وجهين (ومنها) ان طلاقها في مدة العدة طلاق بدعة على أصح الروايتين (ومنها) أن الإيلاء منها هل يصح منها على روايتين (ومنها) هل يصح اختيارها لزوجها اذا اعتقت تحت عبد على وجهين (ومنها) لو نكحت المصاهرة ثلاثاً زوجاً آخر غلغل بها ثم طلقها وقلنا يجب عليها العدة بالخلوة وثبتت الرجعة وهو ظاهر المذهب ثم وطئها في مدة العدة فهل يحلها لزوجها الأول على روايتين حكاهما صاحب الترفيب (ومنها) اذا علقت الرجعية في مدة العدة بولد فهل تالحق بمطلقها أم لا ؟ على روايتين . (ومنها) ان المعتدة من اجنبى من طفلها (١) هل تعود الى حضنته في مدة الرجعة أم لا تعود حتى تنقضى عدتها على وجهين (ومنها) لو مات زوج الرجعية فهل تنقل الى عدة الوفاة أو تعتد باطلولها على روايتين (ومنها) أن الرجعية يجب عليها لزوم منزلها لحق الله تعالى كالتوفى عنها نص عليه أحمد في رواية أبي داود وذكره القاضي في خلافه وصاحب المحرر ، وقيل هي كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول باذن الزوج مطلقاً .

{ القاعدة السابعة والأربعون بعد المائة }

أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في مواضع :

(منها) الميراث (ومنها) الدية (ومنها) العقيقة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة (ومنها) الشهادة (ومنها) العتق فيعدل عتق امرأتين بعثت رجل في الفسك من النار كما دل عليه الحديث وحكى ابن أبي موسى في المسئلة روايتين . احدهما كذلك . والثانية وجعلها المذهب ان عتق العبد والأمة في ذلك سواء (ومنها) عطية الأولاد في الحياة فان المشروع عندنا أن يكون على سبيل الميراث خلافاً لابن عقيل (ومنها) الصلاة فان المرأة تسقط عنها الصلاة أيام الحيض واكثر الحيض على ظاهر المذهب خمسة عشر يوماً وهو نصف الشهر .

{ القاعدة الثامنة والأربعون بعد المائة }

من أدلى بوارث وقام مقامه في استحقاق ارثه سقط به ، وان أدلى به ولم يرث ميراثه لم يسقط به ، ويتخرج على ذلك مستلثان : احدهما ، ولد الأم يملون بالأم ويرثون معها لانهم يرثون بالأخوة

(١) في أصلنا وفي ٧١٢: متى طلقها . وفي نسخة الدار : هل تعود الى حضنتها منه

لا بالأمومة . والثانية الجدة أم الأب ترث مع الأب على ظاهر المذهب لأنها ترث ميراث جدة لا ميراث جد .

(القاعدة التاسعة والأربعون بعد المائة)

الحق الثابت لمعين يخالف الثابت لغير معين في احكام :
 (منها) من له وارث معين ليس له أن يوصى بأكثر من ثلثه ، ومن لا وارث له من ذى فرض ولا عصة ولا رحم هل له أن يوصى بماله كله أم لا ؟ على روايتين ، فمن الاصحاب من بناهما على هذه القاعدة ومنهم من بناهما على أن بيت المال هل هو عصة وارث أم لا ويتعلق بهذا أثر الامام بنسب من لا يعلم له وارث معين قال القاضى وابن عقيل ثبت نسبه لأن المال للسليين والامام نأبهم وهذا كانه تفريع على القول بتوريث بيت المال ، ويتوجه مثل ذلك في اجازة الامام وصية من وصى بكل ماله وقتنا لا يجوز له الزيادة على الثلث . وذكر الاصحاب أن من قتل ولا وارث له فالامام العفو عن قاتله الى الدية وليس له العفو مجاناً لأنه كتوريث القاتل ، وهل له أن يقتص على وجهين قد سبق ذكر مأخذهما (ومنها) الأموال التي يحهل رباها يجوز التصديق منها بخلاف ما علم رباها وقد سبق من ذلك صور عديدة (ومنها) اذا مات من لا وارث له وعليه دين مؤجل فهل يحل ؟ قال القاضى وابن عقيل في المجرد وصاحب المغنى يحل لأن الأصل يستحقه الوارث وقد عدم هنا . وذكر القاضى في خلافة احتمالين لأن له وارثاً ولكنه غير معين ، وقد يتخرج على هذا ما اذا مات المستأجر ولا وارث له هل تفسخ الاجارة أولاً ؟ فان أحمد نص فيمن اكترى بغيراً ليحج عليه فوات في بعض الطريق فان عاد البعير خالياً فعليه بقدر ماوجب له ، ووجهه صاحب المغنى غيره بأنه تعذر انتفاعه ببقية المدة وليس له وارث يستوفى المنفعة فانفسخت الاجارة بذلك . وصرح الاصحاب بأن الامام يأخذ بالشفعة اذا مات من لا وارث له بعد المطالبة بها ، وفي عهد الادلة لابن عقيل أن حد القذف كذلك في قياس المذهب (ومنها) أن المال المستحق لغير معين كالزكاة لا تقف ادائه على مطالبته ولا على مطالبة وكيله وهو الامام ولهذا لا تسقط الزكاة عندنا بتلف النصاب قبل التمكن من الاداء بخلاف المستحق لمعين فانه لا يجب الاداء اليه بدون مطالبة .

(القاعدة الخمسون بعد المائة)

تعتبر الاسباب في عقود التمليكات كما يعتبر في الايمان ، ويتخرج على هذا مسائل متعددة :
 ٤٩ — قواعده

(منها) مسائل العينة (ومنها) هدية المقترض قبل الأداء فانه لا يجوز قبولها من لم يجز له منه عادة (ومنها) هدية المشركين لأمير الجيش فانه لا يختص بها على المذهب بل هي غنمية أو فدية على اختلاف الاصحاب (ومنها) هدايا العمال قال أحمد في رواية ابن طالب في الهدايا التي تهدى للامير فيعطى منها الرجل قال هذا الغلول ، ومنع الاصحاب من قبول القاضي هدية من لم تجر العادة بهديته له قبل ولايته (ومنها) هبة المرأة زوجها صداقها اذا سألها ذلك فان سببها طلب استدامة النكاح فان طلقها فلها الرجوع فيها نص عليه احمد في رواية عبد الله (ومنها) الهدية لمن يشفع له بشفاعة عند السلطان ونحوه فلا يجوز ذكره القاضي وأما إليه لانتها كالأجرة ، والشفاعة من المصالح العامة فلا يجوز أخذ الأجرة عليها وفيه حديث صريح في السنن ، ونص أحمد في رواية صالح فيمن عنده وديعة فأداها فهديت إليه هدية أنه لا يقبلها إلا بنية المكافأة وحكم الهدية عند أداء سائر الأمانات حكم الوديعة (ومنها) مانص عليه أحمد في رواية ابن ماعان فيمن اشترى لحماً ثم استرد البائع فزاده ثم رد اللحم بعيب فالزيادة لصاحب اللحم لانها أخذت بسبب اللحم فجعلها تابعة للعقد في الرد لانها مأخوذة بسببه وان كانت غير لاحقة به . وتأولها القاضي على انها ان كانت مأخوذة في المجلس فلحقن بالعقد وخرج ابن عقيل منها رواية بلحوق الزيادة بعد لزوم العقد وال حاجة الى ذلك (ومنها) ما حكمه الأئمة عن أحمد بن المولى يتزوج العرية يفرق بينها فان كان دفع اليها بعض المهر ولم يدخل بها يردوه وان كان أهدي هدية يردونها عليه . قال القاضي في الجامع لأن في هذه الحالة تبدل على أنه وهب له بشرط بقاء العقد فاذا زال ملك الرجوع بها كالهبة بشرط الثواب انتهى . وهذا في الفرقة القهرية لفقد الكفاءة ونحوها ظاهر وكذلك الفرقة الاختيارية المقسطة للمهر فاما النسخ المقرر للمهر أو نصفه تثبت معه الهدية . فاما ان كانت العطية أمير المتعاقدين لسبب العقد كاجرة الدلال ونحوها ففي النظريات لابن عقيل ان فسخ البيع باقالة ونحوها لم يقف على التراضي فلا يرد الاجرة وان فسخ بخيار أو عيب ردت لان البيع وقع متردداً بين اللزوم وعدمه وقياسه في النكاح أنه ان فسخ لفقد الكفاءة أو العيب ردت وان فسخ لردة أو رضاع أو مخالفة لم ترد

(القاعدة الحادية والخمسون بعد المائة)

دلالة الاحوال يختلف بها دلالة الاقوال في قبول دعوى ماوافقها ورد ما يخالفها ، ويترتب عليها الاحكام بمجرد ادائها ويخرج عليه مسائل :

(منها) كنيات الطلاق في حالة الغضب والخصومة لا يقبل دعوى ارادة غير الطلاق بها (ومنها) كنيات القذف وحكمها كذلك على الصحيح حتى ان ابن عقيل جعلها مع دلالة الحال صرائح (ومنها) لو تلفظ الاسير بكلمة الكفر ثم ادعى انه كان كرها فالقول قوله لأن الاسر دليل الاكراه والتقية (ومنها) لو اتى الكافر بالشهادتين على طريق الاستزاء والحكاية وقال ولم أرد الاسلام مع دلالة الحال على صدقه فهل يقبل منه على روايتين حكاهما القاضي في روايته ويتخرج عليهما لو أقر بما في هذه الحال وأفى جماعة يلزوم ما أقر به (ومنها) لو أقر المحبوس أو المضروب عدوانا ثم ادعى الاكراه قبل قوله نص عليه . ولو احضر الى سلطان فاقتر ثم ادعى انه دهش ولم يعقل ما أقر به لم يقبل نص عليه أيضا . ويتخرج قبله اذا ظهرت منه اماره ذلك من تلجلجه في الكلام ورعدة ونصوها (ومنها) لو دخل حربا اليها معه سلاح فادعى انه جاء مستائما لم يقبل قوله وان لم يكن معه سلاح قبل نص عليه . وكذلك لو جاء بعض عسكر تابعه وادعى انه اسره وقال بل امننتي فقيه روايتان وثالثا أن القول قول من يدل الحال على صدقه لضغفه أو قوته (ومنها) لو جاء المكاتب سيده بتام كتابه فقبضها السيد ثم قال له انت حر ثم بان المال مستحقا وقال السيد انما أردت الاخبار بعتقه بالاداء ولم ارد تنجيز عتقه فالقول قوله ذكره القاضي في الموجود وابن عقيل وقد نص احمد في رواية المروزي في رجل قالت لامرأته ان خرجت فانت طالق فاستأثرت امرأة ثيابا فلبستها فابصرها زوجها حين خرجت من الباب فقال قد فعلت أنت طالق وقال يقع طلاقه على امرأته فنص على وقوع طلاقه مع أن الظاهر انه أراد الاخبار بوقوع طلاقها المحلوف به على خروجها ولم يدينه في ذلك . وأيضا فلو قيل انه قصد انشاء الطلاق فانه انما اوقعه عليها بخروجها الذي منها ولم يكن موجودا وهذا يشهد لقول القاضي فيها إذا قال لزوجته أنت طالق ان دخلت الدار بفتح الميمه أنها تطلق مطلقا سواء كانت قد دخلت أو لم تدخل خلافا لما ذكره ابن أبي موسى انها لا تطلق اذا لم تكن دخلت من قبل لانه انما طلقها لملة فلا يثبت الطلاق بدونها ، وكذلك أتى ابن عقيل في فونه فيمن قيل له قد زنت زوجتك فقال هي طالق ثم تبين له انها لم تكن زنت أنها لا تطلق . وجعل السب كالشرط اللفظي وأولى وهذا هو قول عطاء بن أبي رباح (ومنها) لو سرق عينا وادعى أنها ماله فكفى قطعها روايتان ثالثا ان كان معروفا بالسرقه قطع وإلا فلا صحها صاحب الترهيب (ومنها) لو ادعى دفع ثوبه الى من يحيطه أو يقصره أو ركب سفينة وهو معروف بأخذ الاجرة على ذلك استحق الاجرة (ومنها) الهبة التي يراد بها الثواب بدلالة حال الواهب من غير شرط نقل خبز من أحد ما يدل على وحب انائه والمشهور خلافه (ومنها) لو وجد لقيط ويحبه مال ظاهر أو مدفون دفن طريا فانه يحكم له به .

وكذلك ما يكون بالقرب من الانسان أو بين يديه من متاع أو طعام ونحوه ذكره ابن عقيل قال وكذلك رزمة الثياب وحزمة الحطب يحكم بها للواقف بقربها لأن ذلك شاهد وضعها عنه للاستراحة فكأنها على رأسه انتهى . وينبئ تقيد به بمن كان يليق به حملها دون من لا يحملها مثله (ومنها) لو تنازع الزوجان في متاع البيت فما صلح للرجل فهو للرجل وما صلح للنساء فهو للمرأة ، وكذلك لو اختلف صانعان في آلة دكان لهما أو نازع رب الدار خياطاً فيها في ابرة أو مقصر أو تنازع الموجد والمستاجر في رف مقلوع أو مصراع له شكل منصوب . ومن هذا الباب اللوث في القسامة والقضاء بما قد القمط وهو رواية حكاه ابن أبي موسى والحاق النسب بالقافة (ومنها) لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بكذبها مثل أن ادعى على الخليفة أنه اشترى منه مافيه ثقل وحملها بيده (١) لم تسمع دعواه بغير خلاف ذكره القاضي في خلافه وإن أطلق الدعوى عليه ففى سماها قبل أن يبين أن لها أصلاً روايتان لاحتمال معلته بوكيله (ومنها) لو اختلف الزوجان في قدر المهر فالقول قول من يدعى به المثل على احدى الروايتين .

(القاعدة الثانية والخمسون بعد المائة)

المحرمات في النكاح أربعة أنواع .

النوع الاول : المحرمات بالنسب ، وضابط ذلك أنه يحرم على الانسان أصوله وفروعه وفروع أصله الاذن وان سفلن وفروع أصوله البعيدة دون بنتين فيدخل في أصوله أمه وأم أمه وأما أبيه وان علون ، ودخل في فروعه بنته وبنت بنته وبنات ابنته وان نزلن ، ودخل في فروع أصله الاذن اخواته من الابوين أو من أحدهما وبنتهن وبنات الاخوة وأولادهم وان سفلن ، ودخل في فروع أصوله البعيدة الممات والخاللات وممات الابوين وخاللاتهما وان علون . ولم يبق من الاقارب حلالاً سوى أصول فروع البعيدة وهن بنات العم وبنات الممات وبنات الخال وبنات الخالات .

النوع الثاني : المحرمات بالصبر ، وهن أقارب الزوجين وكلهن حلال إلا أربعة أصناف حلائل الآباء والابناء وامهات النساء وبنات النساء المدخول بهن . فيحرم على كل واحد من الزوجين أصول الآخر وفروعه فيحرم على الرجل أم امرأته وأم أبيها وان علت . ويحرم عليه بنت امرأته وهي الربية وبنات بنتها وان سلفت ، وتحرم بنت الربيب أيضاً نص عليه في رواية صالح وذكر الشيخ تقي الدين أنه لا يعلم فيه نزاعاً ، ويحرم عليه أن يتزوج بامرأة أبيه وان علا وامرأة ابنته وان سفل .

(١) في ٧١١ باقة بقل وحملها بيده . و ٧١٢ : باقة وحملها الخ

النوع الثالث : المحرمات بالجمع ، فكل امرأتين بينهما رحم محرم يحرم الجمع بينهما بحيث لو كانت احدهما ذكراً لم يحز له التزوج بالآخرى لاجل النسب دون الصهر . فلا يجوز له الجمع بين المرأة وصهرها وان علت ولا بينها وبين خالتها وان علت ، ولا بين الاختين ولا بين البنت وأمها وان علت . قال الشعبي : كان أصحاب محمد صلى الله عليه وسلم يقولون لا يجمع الرجل بين امرأتين لو كانت احدهما رجلاً لم يصلح له أن يتزوجها ذكره الامام أحمد في رواية ابنه عبد الله باسناده . وانما قلنا لاجل النسب دون الصهر ليخرج من ذلك الجمع بين زوجة رجل وابنته من غيرها فانه مباح اذلا محرمة بينهما لخشى عليهما القطيعة لكن يرد على هذا من كان بينهما تحريم من الرضاع فانه يحرم عليه الجمع بينهما نص عليه في رواية الاثرم وحرب وتوقف في رواية ابن منصور في كون تشبيه الزوجة بالمحرمة من الرضاع ظاهراً فدل أن تحريم الرضاع لا يساوي تحريم النسب من جميع الوجوه والله أعلم .

النوع الرابع : المحرمات بالرضاع ، فيحرم به ما يحرم من النسب في الاوابع الثلاثة المتقدمة واختار الشيخ تقي الدين أنه لا يثبت به تحريم المصاهرة فلا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنته من الرضاع . وقال أحد في رواية ابن بدينا في حلية الابن من الرضاع لا يجزى أن يتزوجها يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وليس على هذا الصابط ايراد صحيح سوى المرضعة بلان الزنا والمنصوص عن أحد في رواية عبد الله أنها محرمة كالنبت من الزنا فلا ايراد اذا والله أعلم .

{ القاعدة الثالثة والخمسون بعد المائة }

ولد الولد له يدخل في مسمى الولد عند الاطلاق ، هذا ثلاثة أنواع : أحدها أنه يدخل في مسماه مطلقاً مع وجود الولد وعدمه وذلك في صور :

(منها) المحرمات في النكاح كالبنات وحلائل الأبناء (ومنها) امتناع الفصااص بين الأب وولده (ومنها) امتناع قطعه في السرقة من مال ولده (ومنها) رد شهادة الوالد لولده (ومنها) وجوب اعتناق الولد على والده (ومنها) جر الولاء فلذا كان ابن معتقه قوم أبوه وجده رقيقين فبمقتضى جده انتقل الولاء إلى موالى الجد سواء كان الأب موجوداً أو لم يكن في احدى الروايتين وفي الاخرى ان كان الأب مفقوداً جر الجد الولاء إلى مواليه وان كان موجوداً لم يحره بحال وفي الثالثة لا يحره الجد بحال فيختص جر الولاء بعتق الأب (ومنها) الوقف على الولد فيدخل فيه ولد الولد نص

عليه أحمد في رواية المروزي ويوسف بن أبي موسى ومحمد بن عبيد الله المداوي وهو الذي جزم به الحلال وابن أبي موسى والقاضي فيما علقه بخطه على ظهر خلافه وغيرهم . وهل يدخلون مع آبائهم بالتشريك أولا يدخلون لا يدمع على الترتيب على وجهين للاصحاب ، وفي الترتيب قبل هو ترتيب بطن على بطن فلا يستحق أحد من ولد الولد شيئاً مع وجود فرد من الاولاد أو ترتيب فرد على فرد فيستحق كل ولد نصيب والده بعد فقده على وجهين والثاني هو منصوص أحمد وقد سبق ذكره وفي أحكام القرآن للقاضي ان كان ثم ولد لم يدخل ولد الولد وإن لم يكن ولد دخل واستشهد بآية المواريث قال ويصح حمل اللفظ على حقيقة مجازة في حالين مختلفين لافي جهة واحدة مع أنه ذكر احتمالاً بأن إطلاق الولد على ولد الولد حقيقة قال والاشبه أنه مجاز لصحة فقيه ، وفي المجلد للقاضي لو وقف على أولاده ثم على أولاد أولاده ثم على الفقراء فهو بعد البطن الثاني من ولده للفقراء ومن الاصحاب من فهم منه أن ولد الولد لا يدخلون في إطلاق الولد ومنهم من قال بل إنما رتب بطناً بعد بطن مرتين ثم جعل بعدهما للفقراء اعلم أنه أراد البطنين الاولين خاصة بخلاف حالة الإطلاق وإلى هذا أشار صاحب التلخيص (ومنها) الوصية لولده وقد جعل الاصحاب حكمها حكم الوقف وذكر أبو الخطاب أن أحمد نص على دخولهم في ذلك والمعروف عن أحمد إنما هو في الوقف وأشار الشيخ تقي الدين إلى دخولهم في الوقف دون الوصية لأن الوقف يتأبد فيستحق ولده طبقة بعد طبقة والوصية تملك للوجودين فينص بالطبقة العليا الموجودة . وحيث قيل بدخول ولد الولد في الوقف والوصية فأنما هو في ولد البنتين فأما ولد البنات فقيه وجهان . للاصحاب اختار الخرق والقاضي أنهم لا يدخلون واختار أبو بكر وابن حامد دخولهم . ونص أحمد في رواية المروزي على أنهم لا يدخلون في الوقف على الولد فن الاصحاب من قال لا يدخلون في مطلق الولد اذا وقع الاقتصار عليه ويدخلون في مسمى ولد الولد لأنهم من ولد الولد حقيقة وليسوا بولد حقيقة وهذه طريقة ابن أبي موسى والشرازي ومال البيا صاحب المنعي (ومنها) المنع في دفع الزكاة إلى الولد ويدخل فيه ولد الولد وسواء في ذلك ولد الذكور والاناث على المنصوص عن أحمد لأن ولد البنت قد ثبت له حكم الولد في موضع فثبت له حكم المنع من الزكاة بخلاف الوقف والوصية فان المراعى فيهما صدق الاسم وثبوته في العرف لاجريان الحكم والله أعلم .

النوع الثاني : ما يدخل فيه عند عدم الولد لامع وجوده وذلك في صور : (منها) الميراث فيرث ولد الولد جدهم مع فقد أبيهم كإيراثون آبائهم ولكن لا يرثهم الجد مع فقد الأب كإيراث الأب على ظاهر المذهب وفيه وجه آخر أنه يرثهم كاتب مطلقاً بحيث يجب الاخوة كلهم اختاره ابن بطة وأبو حفص

البرمكي والشيخ تقي الدين (ومنها) ولاية النكاح فيل الجدة فيها بعد الاب مطلقاً مقدماً على الابن على قول الحرقي والقاضي لكن لا يقوم مقام الاب في الاجبار على المذهب وحكي ابن الزاغوني رواية أنه يقوم مقامه في الاجبار (ومنها) ولاية الصلاة على الجنابة فيل الجدة بعد الاب مقدماً على الابن على الصحيح أيضاً (ومنها) الحصة فان الجدة أولى رجاها بها بعد الاب .

النوع الثالث : ما لا يدخل فيه في مسمى الولد بحال وذلك في صور كثيرة (منها) الرجوع في الهبة (ومنها) الاخذ من مال الولد بغير حاجة (ومنها) ولاية المال وفيه رواية (ومنها) الاستئذان في الجهاد (ومنها) الاستتباع في الاسلام (ومنها) الانفراد بالنفقة مع وجود وارث غيره موسراً كان الوارث الذي معه أو معسراً فالمعروف أن حكمه حكم سائر من تلزمه النفقة ، هل يلزمه كالنفقة أو بقدر ائنه على روايتين أصحهما لا يلزمه أكثر من مقدار ائنه منه وفي الاقتناع لابن الزاغوني أن هذا الخلاف في الجدة والجدة خاصة وأن سائر الاقارب لا يلزم منهم النفقة إلا بالحصة بغير خلاف .

(القاعدة الرابعة والخمسون بعد المائة)

خروج البضع من الزوج هل هو متقوم أم لا ؟ بمعنى أنه هل يلزمه المخرج له قبرا ضمانه الزوج بالمهر ؟ فيه قولان في المذهب ويذكر أن روايتين عن أحمد واكثر الأصحاب كالقاضي ومن بعده يقولون ليس بمتقوم وخصوا هذا الخلاف بمن هذا الزوجة فقالوا لا يضمن الزوج شيئاً بغير خلاف واختار الشيخ تقي الدين أنه متقوم على الزوجة وغيرها وحكاة قولاً في المذهب ويخرج على ذلك مسائل :

(منها) لو أفسد مفسد نكاح امرأة قبل الدخول بها برضاع أو غيره فانه يجب عليه نصف المهر حيث يلزم الزوج نصف المهر كما إذا كانت الفقرة من الاجنبي وحده وله مأخذان . أحدها أن خروج البضع من الزوج متقوم فيتقوم قبل الدخول بنصف المهر المسمى وفيه وجه بنصف مهر المثل . والثاني أنه ليس بمتقوم لكن المفسد قرر هذا الصنف على الزوج إذا كان بصدد أن يسقط عنه بانفساخ النكاح بسبب من جهتها . والثالث أن المهر كله يسقط بالفرقة لكن يجب لها نصف المهر وجوباً مبتدئاً بالفرقة التي استقل بها الاجنبي لذلك ازمه ضمانه ذكره القاضي في خلافه وفيه بعد . وأما حيث لا يلزم الزوج شيء كما إذا وطئ الاب أو الابن زوجته قبل الدخول بتمكينها فهل يلزمه نصف المهر أم لا ؟ دلى وجيز من كورين في المغنى وغيره . وهما متزلان على أن

البضع هل هو متقوم أم لا ، وإذ لا غرم هنا على الزوج ، ونقل منها عن أحمد في رجل تزوج امرأة فبعثوا إليه ابنتها فدخل بها وهو لا يعلم قال حرمتا عليه جميعاً قال قلت له ما عليه فقال عليه لهذه المهر بما استحل من فرجها . قلت وللأخرى ما عليه قال لها نصف الصداق قلت يرجع بالنصف الذي غرم لابنتها قال لا وإنما لم يرجع هنا عنده لأن فساد نكاحه منسوب إليه مباشرة فلذلك استقر الضمان عليه ، ويخرج فيه وجه آخر أنه يرجع بما غرمه على من غره وأما إن كان الإفساد بعد الدخول بارضاع أو غيره ففيه وجهان : أحدهما أن على المفسد ضمان المهر المستقر على الزوج وهو منصوص أحمد في رواية ابن القاسم بناء على أن خروج البضع متقوم وكما يضمن الفار المهر لمن غره وإن استقر بالدخول بل هنا أولى لأن المغرور قد يكون فسخ النكاح باختياره كما إذا دلس عليه عيب أو نحوه حيث لم يرض بالمهر إلا مع السلامة من العيوب وهنا الفسخ بسبب الاجتناب فانه هو المانع للزوج من الاستمتاع فكان الرجوع عليه بالمهر أولى إذ الزوج يجب تمكينه من جنس الاستمتاع ويعود إليه المهر بمنحه من جنسه إذا لم يكن يستحقه مقدراً بخلاف منفعة الاجارة فانها تنقسط على المدة مع أن الاجارة تسقطها الاجرة عندنا بمنع المؤجر من التسليم المستحق بالعقد كله : والوجه الثاني أنه لا ضمان على المفسد بحال لاستقرار المهر على الزوج بالطوطء بناء على أن خروجه غير متقوم وإليه ميل ابن أبي موسى واختاره طائفة من المتأخرين . وأما إن كان المفسد للنكاح هو الزوجة وحدها بالرضاع أو غيره فقال الاصحاب لا ضمان عليها بغير خلاف لثلا يلزم استباحة بعضها بغير عوض واختار الشيخ تقي الدين أن عليها الضمان وأخذه من مسئلة المهاجرة وامرأة المفقود كما سيأتي وكما قال الاصحاب في الفارة أنه لا مهر لها بل عندنا في الاجارة أن غصب المؤجر يسقط الاجرة كلها بخلاف غصب غيره لاستحقاق التسليم عليه وأجاب هنا قيل من استباحة البضع بدون عوض بأن العرض وجب لها بالعقد ثم وجب عليها ضمانه بسبب آخر فلم يخل العقد من عوض كما يجب لها بالعقد على البائع ضمان ما تعلق به حق توفيه باتلافه قبل القبض ولم يخل البيع من ثمن والله أعلم (ومنها) شهود الطلاق إذا رجعوا قبل الدخول فانهم يغرمون نصف المهر وإن رجعوا بعد الدخول فهل يغرمون المهر كله أم لا يغرمون شيئاً على روايتين مأخذهما تقويم البضع وعدمه . وعلى التفريم يغرمون المهر المسمى وقيل مهر المثل (ومنها) امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة المعتبرة ثم قدم زوجها المفقود فانه يخير بين زوجته وبين المهر فإن اختار المهر أخذ من الزوج الثاني المهر الذي أقبضه إياها أفعى الاول لأنه هو الذي استحقه على أصح الروايتين . وعلى الثانية يأخذ المهر الذي أعضاها الثاني وبكل حال فهل يستقر ضمانه على الزوج الثاني أم يرجع به على المرأة على

روايتين. احدهما يرجع به عليها لأن الفرقة جاءت منها فيستقر العنان عليها. والثاني لا يرجع به لأن المرأة استحقته بالاصابة فلا يجوز أخذه منها (ومنها) إذا طلق رجل امرأة ثم راجعها في العدة وأشهد على الرجعة ولم تلم المرأة حتى انقضت عدتها وتزوجت ودخل بها الثاني وقلنا على رواية أن الثاني أحق بها قبل تضمن المرأة لزوجها المهر أم لا ؟ على وجهين واختار القاضي العنان لأن خروج البضع متقوم (ومنها) إذا أصابت المرأة من أهل دار الحرب وهاجرت إليها ثم تزوجها مسلم بعد انقضاء عدتها في دار الاسلام فهل يلزمه أن يرد على زوجها الكافر مهرها الذي أمهرها إياه على روايتين حكاهما ابن أبي موسى وظاهر القرآن يدل على وجوبه لكن أكثر الاصحاب على عدم الوجوب لأن الآية نزلت في قصة صاحب الحديبية وكان الصالح قد وقع على رد النساء قبل تحريره فلما حرم الرد بعد صحة اشتراطه وجب رد بدله وهو المهر. وأما بد ذلك فلا يجوز اشتراط رد النساء فلا يصح اشتراط رد مهورهن لأنه شرط مال للكفار من غير ضرورة ومن اختار الوجوب كالشيخ تقي الدين منع أن يكون رد النساء مشروطاً في صاحب الحديبية ومنع عدم جواز شرط رد المهر لاسيما إذا كان مشروطاً من العارفين (ومنها) خلع المسلم زوجته بمهرم يعطيان بمهرمه كعذر أو خنزير قال أبو بكر والقاضي والامام حبيب هو كالمخلع الخالي عن العوض فإذا صححه لم يلزم الزوج شيء بخلاف النكاح دلى ذلك وعند الشيخ تقي الدين يرجع إلى المهر كالنكاح ويحتمل كلام الحرقي في خلع الامة على سلمة يدها أنه يصح ويتبع بقيتها بعد العتق (ومنها) مخالعة الأب ابنته الصغيرة بشيء من مالها فالمذهب أنه غير جائز وأن العنان على الأب نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وخرج بعض المتأخرين وجباً بجوازه بأن خروج البضع متقوم فما بذل مالها الا فيما له قيمة فلا يكون تبرعاً وخرجه بعضهم من الرواية التي تقول فيها ان للأب المغفر عن نصف المهر في الطلاق قبل الدخول بناء على أنه الاى بيده عدة النكاح وذكر صاحب المغني احتيالا في ولي الصغيرة والسببية والمجنونة مطلقاً اذا رأى الحظ في ذلك وكذلك أشار اليه ابن عقيل في الفصول (ومنها) اذا قال لزوجته أنت طالق بائف فلم تقبل طلقت رجعياً ولم يلزمها شيء. نص عليه أحمد رحمه الله تعالى في رواية منها ولو لم يلبسها أنت حر بائف فلم يقبل لم يبتق عند الاصحاب والفرق بينهما أن خروج البضع غير متقوم بخلاف العبد فانه مال محض وخرج الشيخ تقي الدين وجباً أنه يبتق العبد بغير شيء. كما في الطلاق لأن الطلاق والعتاق فيها حق لله تعالى وليس العوض بركن فيها اذ لم يعلقها عليه بل وقعها منجزاً وشرط فيها العوض فإذا لم يلتزم العوض لغى ووقع الطلاق والعتق لما فيها من الحق لله تعالى الذي لا يمكن ابطاله

(القاعدة الخامسة والخمسون بعد المائة)

٠ يتقرر المهر كله للمرأة باحد ثلاثة اشياء :

(الاول) الوطء فيتقرر به المهر على كل حال، وأما مقدماته كاللبس للشهوة والظر الى الفرج أو الى جسدها وهي عارية فمن الاصحاب من ألحقه بالوطء وجعله مقررأ رواية واحدة لأنه أكد من الخلو المجردة ومنهم من خرجة على وجهين أو روايتين من الخلاف في تحريم المصاهرة به وقال ابن عقيل ان كانت عادتة فصل ذلك في الملاء استقر به المهر لأن ذلك خلوه مثله والا فلا والمنصوص عن احمد رحمه الله في رواية منها أنه اذا تعدد النظر اليها وهي عريانة تغتسل ويجب لها المهر (والثاني) الخلوه عن يمكن الوطء بمثله فان كان ثم مانع اما حي كالجلب والرتق أو شرعي كالاحرام والحيض فهل يقرر المهر على طرق للاصحاب. احدها أن في المستقر روايتين مطلقتين وهي طريقة القاضي في الجامع وصاحب المحرر وكذا لصاحب المغني الا انه اورد رواية ثالثة بالمعوض بين المانع المتأكد شرعا كالاحرام وصيام رمضان فلا يستقر معه المهر بخلاف غيره. والثانية ان كان المانع من الوطء ودواعيه كالاحرام وصيام رمضان فقيه روايتان وان كان لا يمنع الدواهي كالحيض والجلب والرتق استقر رواية واحدة وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل في الفصول. والثالثة ان كانت الموانع بالزوج استقر الصادق رواية واحدة وان كانت بالزوجة فهل يستقر على روايتين وهي طريقة القاضي في خلافه ومن الاصحاب من حكى رواية أخرى أنه لا يستقر المهر بالخلوة لمجردها بدون الوطء اخذا بما روى يعقوب من بختان عن احمد اذا خلا بها وقال لم أطأها وصدقته ان لها نصف العداق وعليها الددة وانكر الا كثرون هذه الرواية وحملوا رواية يعقوب هذه على وجه آخر وهو أن الخلوة انما قررت المهر لانه مظنة الوطء المقرر فقامت مقامه في التقرر لان حقيقة الوطء لا يطلع عليه غالبا [فعاق الحكم على] مظته فاذا تصادق الزوجان على انتفاء الحقيقة التي هي الوطء لم يقبل ذلك في اسقاط الددة لان فيها حقا لله تعالى وهل يقبل في سقوط نصف المهر على روايتين نقل ابن بختان قبوله لانه حق محض الزوجة وقد أقرت بسقوطه ونقل الا كثرون عدم قبوله لملازمته للددة وهذا يرجع الى أن الخلوة مقررة لمظنة الوطء ومن الاصحاب من قال اما قررت لحصول التمكن بها وهي طريقة القاضي وردها ابن عقيل بأن الخلوة مع الجلب لا تنكح بها قال وانا قررت لاحد أمرين اما لاجماع الصحابة وهو حجة أولان طلاقها بعد الخلوة بها وورد ما زعموا فيها فقيه ابتذال وكسر لها فوجب جبره بالمهر وقيل بل المقرر هو استباحة ما لا يستباح الا بالنكاح من المرأة فدخل في ذلك الخلوة واللبس

بمجرد هالان ذلك كله معقود عليه في النكاح . والمهر يستقر بئيل بعض المعقود عليه لا يقف على نيل جميعه ، وهذا ظاهر كلام أحمد في رواية حرب قيل له فان أخذها وعندها نسوة فمساها وقبض عليها ونحو ذلك من غير أن يتخلو بها قال اذا نال منها شيئاً لا يحل لغيره فعليه المهر . ودلى هذا فقال الشيخ تقي الدين يتوجه أن يستقر المهر بالخاوة وإن منعه الوطء بخلاف ما ذكره ابن حامد والقاضي والأصحاب (المقرر الثالث) الموت قبل الدخول وقيل الفرقه وان طلقها في المرض ثم مات فيه فهل يستقر لها المهر على روايتين بناء على أنه ربتها منه وعدمه ، ويتقرر بأمر رابع وهو إذهاب عذرتها بدفعها على رواية خرجها صاحب المغنى وقد سبق.

(القاعدة السادسة والخمسون بعد المائة)

فما يتنصف به المهر قبل استقراره وما يسقط به الفرقه قبل الدخول . ان كانت من جهة الزواج وحده أو من جهة احبني وحده تنصف بها المهر المسمى وان كانت من جهة الزوجة وحدها سقط بها المهر وان كانت من جهة الزوجين مآ أو من جهة الزوجة مع اجنبي ففى تنصف المهر وسقطه روايتان فهذه خمسة أقسام

[القسم] الاول ما استقل به الزوج وله صور (منها) طلاقه وسواء كان منجزاً أو معلقاً بصفة وسواء كانت الصفة من فعلها أو لم تكن كذا ذكره الأصحاب قالوا لأن السبب كان منه وهو العلاق (وإنما حقيقته لوجود شرطه والحكم إنما يضاف إلى صاحب السبب وقال الشيخ تقي الدين ان كانت الصفة من فعلها الذى لما منه بد فلا مهر لها ويمكن تخريج ذلك من إحدى الروايتين في المريض إذا علق طلاق امرأته على ما لها منه بد ففعله فان في إرثها روايتين وبشدة ذلك مسألة التخيير فإنه لو خيرها قبل الدخول فاخترت نفسها قبل يسقط مهرها أو يتنصف على روايتين حكاهما ابن أبي موسى والتخيير توكيل مخض والمليق بفعلها في منتهى والمنصوص عن أحمد رحمه الله أنه لا مهر للخيرة قال منها سألت أحد عن رجل تزوج امرأة ثم طلبت منه الخيار فاخترت نفسها ولم يكن دخل بها لها عليه نصف الصداق قال في قلبى لها شيء ثم قال لا ينبغي أن يكون لها شيء قلت انى سألت غير واحد قال يكون لها عليه نصف الصداق . فقال لى فان اسلمت امرأة مجوسية وانى زوجها أن يسلم يكون لها عليه صداقها قال في هذا يدخل عليهم انتهى (ومنها) خلعها ونص عليه أحد في رواية منها أنه يوجب نصف المهر وعلة القاضي أن الخلع يستل به الزوج لانه يصح مع الاجنبي بدون رضى المرأة فلذلك نسب اليه . وفيه وجه آخر أنه يسقط به

المهر فمن الأصحاب من خرجه على أنه فسخ فيكون كسائر الفسوخ من الزوج ومنهم من جمعه بما يشترك به الزوجان لأنه إما يكون بسؤال المرأة فتكون الفرقة فيه من قبلها ولذلك يسقط أثرها بالخلع في المرض وهذا على قولنا لا يصح مع الأجنبية أظهر . فاما ان وقع مع الأجنبية وصححناه فبئني أن يتصف به المهر وجهاً واحداً ومنها اسلامه والزوجة غير كتابية في إحدى الروايتين وفي الأخرى يسقط المهر لأنه فعل الواجب عليه وإنما وقعت الفرقة بامتناعها من الاسلام فلا يكون لها مهر (ومنها) رده عن الاسلام (ومنها) اقراره بالنسب أو بالرضاع أو غير ذلك من المفسدات فيقبل منه في انقاساخ النكاح دون سقوط النصف (ومنها) أن يطأ أم زوجته أو ابنتها بشبهة أو زناً فيفسخ نكاح البنت ويجب لها نصف الصداق نص عليه أحمد في رواية ابن هانئ ويستثنى من هذا القسم الفسوخ التي يملكها الزوج لضرر ياحقه اما لظهور عيب في الزوجة أو فوات شرط فيسقط بها المهر لأن حكم الفسوخ في العقود لميب ظهر في المعقود عليه يزداد العوضين من الجانبين وقد وجد ذلك قبل تمكنه من قبض المعقود عليه واستيفائه وإنما استحققت نصف المهر في الصداق وما كان في معناه جبراً لها حيث لم يكن له موجب من جهتها وهنا قد وجد سبب من جهتها فصار كالمنسوب اليها

القسم الثاني : ما استعمل به الاجنبي وحده (ومن صور ذلك) أن ترضع زوجته الكبرى زوجها الصغرى (ومنها) أن يكره رجل زوجة أبيه أو ابنه على الوطء قبل الدخول

القسم الثالث . ما استعملت به الزوجة وحدها وله صور (منها) ردها (ومنها) اسلامها وفي رواية أخرى أن لها نصف المهر لأنها فعلت الواجب عليهما فنسب الفسخ الى امتناع الزوج (ومنها) ارضاعها من يثبت به المحرمية بينها وبين الزوج وكذلك ارضاعها منها وهي صغيرة (ومنها) فسخا النكاح لعيب الزوج قال الأصحاب هو منسوب اليها لا إليه فسقط المهر أيضاً لذلك وفرقوا بينهما بأن فسخا لعيبها رد للمعقود عليه يعيب فلا ينسب إلا إلى من دلل العيب بخلاف فسخا لعيبه فإن العيب ليس في المعقود عليه بل في غيره فقد امتنعت من تسليم المعقود عليه مع سلامة العوضين لضرر دخل فلذلك نسب الفعل اليها وهذا يرجع إلى أن الزوج غير معقود عليه في النكاح وفيه خلاف سبق ذكره والظاهر في الفرق أن يقال الفسوخ الشرعية التي يملكها كل من الزوجين على الآخر إنما شرعت لازالة ضرر حاصل فإذا وقعت قبل الدخول فقد رجح كل من الزوجين [على الآخر] إلى ما بذله سلباً كما خرج منه فلاحق له في غيره بخلاف الطلاق وما في معناه من موجبات الفرقة بغير ضرر ظاهر فإنه يحصل به للزوجة انكسار وضرر فجبره الشارع باعطائها نصف المهر عند تسمية المهر

وبالتمتع عند فقد التسمية والله أعلم . ونقل منها عن أحد في مجيب تزوج امرأة فلما دخل عليها لم ترض به لها ذلك وعليه نصف الصداق إذا لم ترض به . قال الشيخ تقي الدين هذا يدل على أن المرأة إذا فسخت قبل الدخول فلها نصف الصداق لأن سبب الفسخ هو العيب من جهته وهي معذورة في الفسخ وأما القاضي فقال قد وجد الدخول وإنما لم يقرر المهر كله للبايع القائم به (ومنها) فسخها النكاح لأعسر الزوج بالمهر أو النفقة أو غير ذلك كالفسخ لغوات شرط صحيح قال القاضي والأكثرون هو منسوب إليها فيسقط به مهرها كما في الفسخ لعيب الزوج وقال أبو بكر في التنبية فسختها لغوات الشرط يجب لها به نصف الشرط لأن لغوات الشرط من قبل الزوج فنسب الفسخ به إليه دونها وقياسه الفسخ بمنع النفقة ونحوها عما هو من فعل الزوج وهو قادر على إزالته ، وأما الفسخ لصرفته فهو كالفسخ لغيره كما تقدم قال الشيخ تقي الدين ويلزم من قال إن خروج البضع مقوم بمهر المثل وأن الفرقة من جهتها كاتلاف البائع للبيع قبل القبض أن يخير الزوج بين مطالبتها بمهر المثل وضمان المسمى لها وبين إسقاط المسمى (ومنها) فسخ المعلقة تحت عبد قبل الدخول وفيه روايتان أحدهما لا مهر لها اختارها الخرق وغيره لاستئثارها بالفسخ كالخرة والثانية يتنصف المهر نقلها منها واختارها أبو بكر لأن السيد هو مستحق المهر فلا يسقط بفسخ غيره ويحجب عنه بأن اعتاق السيد لسبب في الفسخ يسقط إحققه لتسبيه في سقوطه وإن باشره غيره كن قل لغيره التي متاعى في البحر ففعل

القسم الرابع : ما اشترك فيه الزوجان وله صور (منها) لعانها فذكر أبو بكر أن فرقة العان جاءت من جهة الزوجة لأن الفرقة إنما تقع بلعانها وقال القاضي يخرج على روايتين أصلهما إذا لاعنها في مرض موته فهل ترثه على روايتين (ومنها) أن يخالعهما وقد سبق أن النصوص عن أحد أن لها نصف الصداق وهو قول القاضي وأصحابه ولأن لنا فيه وجه آخر أنه يسقط المهر كله إذا قلنا هو فسخ فانه يكون منسوباً إليهما فيكون كاتلاع عن بخلاف ما إذا قلنا انه طلاق فان الطلاق يستقل به الزوج فهو كالخرة لهما ابتداء أنت طالق بألف فبقيته ويخرج لنا وجه آخر أنه يسقط به المهر وإن قلنا هو طلاق بناء على أنه جاء من قبلها بدو إليها ولهذا كان لنا فيه عن خالعت زوجها في مرضه هل ترثه أولاً روايتان . وجزم أن أبي هو وأما لا ترثه لأن الفرقة جاءت من قبلها فلا يكون لها شيء من الصداق حيثنقذ يؤيد هذا أن الخلع يسقط حقوق الزوجية كلها في إحدى الروايتين من أحد ونصف المهر من الحقوق فيسقط على هذه الرواية

القسم الخامس : ما كان من جهة الزوجة مع أجنبي وله صور (منها) شرأها للزوج وفيه وجهان

اشهرهما وهو اختيار أبي بكر والقاضى وأصحاه أنه يتنصف بها المهر تغليبا لجهة الأجنبية هنا وهو
البائع إذ هو أصل العقد ومنه نشأ وعنه تلقى والثاني يسقط المهر تغليبا لجهة الزوجة إذ الانفاسخ متمم لقبولها
فاما شراء الزوج لزوجته فهل يتنصف به المهر أو يسقط على وجهين أيضاً واختار أبو بكر أنه
يسقط تغليبا لجهة البائع هنا أيضاً وهو سيد الأمة المستحق لمهرها فهو كمنه الفسخ من الحرية المستحقة
للبر وهذا متجه على ما اختاره في فسخ المعتقة تحت عبد فعلى هذا لو باعها السيد الذى زوجها لأجنبي
ثم باعها الأجنبي للزوج قبل الدخول لم يسقط لأن الفرقة جاءت من البائع الثانى وهو غير مستحق
للمهر هذا كلام صاحب المحرر وعلل صاحب الكافى سقوط المهر بأن الزوجة شاركتة فى الفسخ
فسقط مهرها كالفسخ بعيب ومعنى هذا أن كونها أمة صفة لها ثابتة بعد ملك الزوج وذلك يوجب
الفسخ فاستدل به وإن لم يكن باختيارها كما استند فسخها لعب الزوج اليه وإن لم يكن باختياره وعلى
هذا فلا فرق بين شرائها من مستحق مهرها وغيره وهو مقتضى إطلاق الأكثرين (ومنها) إذا
مكنت الزوجة من نفسها من يفسخ النكاح بوطئه كآب الزوج أو ابنه فقال القاضى ومن اتبعه
يسقط مهرها استناداً للفسخ إليها وقال الشيخ قى الدين يخرج على وجهين لأن الفرقة منها ومن الأجنبي
وبقى هنا قسم سادس: وهى الفرقة الاجبارية ولها صور (منها) أن يسلم الكافر وتحت عدد
لا يجوز له جمعه فى الاسلام فيفسخ نكاح المدد الزائد فلا يجب لمن شيء من المهر ذكره القاضى
فى الجامع والخلاف معلل بأنه ممنوع من امساكن فهو كالنكاح الفاسد وجزم به صاحب المغنى
والمحرر ويتخرج لنا وجه آخر أنه يجب تنصف المهر من المسألة التى بعدها. وأما الطلاق فى النكاح
الفاسد فذكر ابن عقيل وجها أن المهر يتنصف به قبل الدخول وعلى المشهور فاما يسقط لأن المهر
يجب فى النكاح الفاسد بالإصابة لا بالعقد بخلاف الصحيح (ومنها) إذا تزوج اختين فى عقدتين
وأشكلى السابق وأمرناه بالطلاق فطلقها فقال أبو بكر يتوجه فى المهر قولان. أحدهما يجب نصف
المهر ثم يقتصران فن وقت عليها القرعة حكم لها به لأنه واجب على لاحدهما فى نفس الأمر فتعين
بالقرعة. والثانى لا يجب شيء به لأنه مكره على الطلاق فكأن الفسخ جاء من جهة المرأة فلا تستحق شيئاً
والمتقول عن أحد فى هذه المسألة ما نقله عنه منها أنه قال يفرق بينهما وقد قيل يكون [نصف] المهر لها
جميعاً وما أخلفه أن يكون كذلك ولكن لم أسمع فيه شيئاً وهذا يدل على أهمها يقتسمان نصف المهر
لا يقتصران عليه. ولو زوج الوليان امرأة من زوجين وجعل السابق منهما وأمرناهما بالطلاق فهل
يجب لها نصف المهر على أحدهما ويعين بالقرعة أم لا يجب لها شيء على وجهين وحكى عن أبي بكر
أنه اختار أنه لا شيء لها وبه أنقضى أبو يعلى النجاد. قال الشيخ قى الدين ويتخرج على هذا الخلاف

ما اذا ورثت المرأة زوجها فان الفرقة ههنا بفعل الله عز وجل فهو كاستيلاء الزوج .

{ القاعدة السابعة والخمسون بعد المائة }

اذا تغير حال المرأة [المعتدة] بانتقالها من رقب الى حرية أو طراً عليها سبب موجب لعدة أخرى من الزوج كوفاته فهل يلزمها الانتقال الى عدة الوفاة أو الى عدة حرة . ان كان زوجها متمكناً من تلافى نكاحها في العدة لزوماً الانتقال والا فلا الا ما يستثنى من ذلك من الابانة في المريض . وينخرج على هذا مسائل :

(منها) الرجعية اذا اعتقت أو توفي زوجها انتقلت الى عدة حرة أو عدة وفاة (ومنها) اذا كانت تحت عبد مشرك امام فاسلين واعتقت فان عدتهن عدة حرائر لانه عتق في عدة يتمكن الزوج فيها من الاستدراك بالاسلام فهي في معنى عدة الرجعية بخلاف ما اذا أسلم العبد ثم عتق الاماء وهن على الشرك فان عدتهن عدة اماء لان الزوج لا يمكنه تلافى نكاحهن (ومنها) المرتد اذا قتل في عدة امرأته فانها تستأنف عدة الوفاة نص عليه في رواية ابن منصور لانه كان يمكنه تلافى النكاح بالاسلام بناء على أن الفسخ يقف على انقضاء العدة (ومنها) لو أسلمت المرأة وهي تحت كافر ثم مات قبل انقضاء العدة فانها تنتقل الى عدة الوفاة في قياس التي قبلها ذكره الشيخ تقي الدين

{ القاعدة الثامنة والخمسون بعد المائة }

اذا تعارض معنا أصلان عمل بالارجح منهما لاعتضاده بما يرجحه ، فان تساوى اخرج في المسألة وجهان غالباً (ومن صور ذلك) ما اذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه القلتين فهل يحكم بنجاسته أو طهارته على وجهين . احدهما يحكم بنجاسته وهو المرجح عند صاحب المغني والمحرم لان الأصل عدم بلوغه قلتين . والثاني هو طاهر وهو أظهر لان الأصل في الماء الطهارة وأما أن أصله القلة فقد لا يكون كذلك كما اذا كان كثيراً ثم نقص وشك في قدر الباقي منه ويعضد هذا أن الأصل وجوب الطهارة بالماء فلا يمدل الى التيمم الا بعد يتيقن عدمه ، وأيضاً فلا صحاب خلاف في الماء الذي وقعت فيه النجاسة هل الأصل فيه أن ينجس الا أن يبلغ حد الكثرة فلا ينجس [لمثقة حفظ الكثير من النجاسة أم الأصل فيه الطهارة الا أن يكون يسيراً فينجس] لان السير لا يكاد يحمل النجاسة عليه غالباً فعلى الأول يجب الحكم بنجاسة هذا الماء وعلى الثاني يحكم بطهارته وعلى هذين المأخذين يتخرج الخلاف في اثبات نصف القرية الذي روى (٤٣ - قواعد)

الشك فيه في ضبط القلتين واسقاطه ، وينبئ على ذلك أن القلتين هل هما خمس قرب أو أربع والله أعلم (ومنها) ما اذا وقع في الماء السير روثه وشك هل هي من مأكول أو غيره ، أو مات فيه حيوان وشك هل هو ذو نفس سائلة أم لا ؟ فيه وجهان أحدهما أنه نجس لأن الأصل في الأرواث والميتات النجاسة وحيث قضى بطهارة شيء منها فرخصة دلي خلاف الأصل ولم يتحقق وجود المرخص هاهنا فيبقى على الأصل . والثاني أنه طاهر وهو المرجح عند الأكثرين لأن الأصل في الماء الطهارة فلا يزال عنها بالشك وقد منع بعضهم أن الأصل في الأرواث النجاسة ونص أحد في رواية محمد بن أبي حرب في رجل وطئ على روث لا يدري لمار أو برذون فرخص فيه إذا لم يعرفه (ومنها) إذا قعد الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط بالقرب على ثوب وشك في جفاف النجاسة ففيه وجهان أحدهما أنه نجس لأن الأصل بقاء الرطوبة قلها أبو بكر عن أحمد . والثاني لا ينجس لأن الأصل طهارة الثوب (ومنها) إذا أدرك الإمام في الركوع فكبر وركع معه وشك هل رفع إمامه قبل ركوعه أو بعده فالمذهب أنه لا يعتد له بتلك الركعة لأن الأصل عدم الإدراك وهو منقول عن ابن عمر رضي الله عنهما وقال صاحب التلخيص يحتمل وجهين أحدهما أنه يعتد بها لأن الأصل بقاء الإمام في الركوع (ومنها) إذا شك هل ترك واجباً في الصلاة فهل يلزمه السجود على وجهين أحدهما يلزمه لأن الأصل عدم الاتيان به . والثاني لأن الأصل عدم لزوم السجود (ومنها) إذا كان ماله غائباً فإن كان منتهكاً خبره لم يجب إخراج الزكاة وإن لم يكن خبره منتهكاً كالمدوم ونحوه ففي وجوب إخراج زكاته قبل قبضه وجهان والله وص عن أحمد في رواية منها أنه لا يجب وعمل بأنه لا يدري لعل المال ذهب . وينبئ بعض الأصحاب هذا دلي الخلاف في عمل الزكاة فإن قلنا في الدين لم يجب الإخراج حتى يقبضها ويمكن من الإخراج منها وإن قلنا في الذمة وجب الإخراج من غيرها . ويتوجه عندي أن يتخرج في وجوب الزكاة في المال المنقطع خبره وجهان بناء على عمل المتعلق فإن قلنا هو الدين وجب لأن الأصل بقاؤها لكن لا يلزم إخراج الزكاة حتى يقبض كالدين وإن قلنا هو الذمة لم يجب لأن الأصل براءة الذمة وقد شك في اشتغالها وأما إن قلنا لا تجب الزكاة في المال الضال والمتهرب فهذا مثله (ومنها) العبد الآتي المنقطع خبره هل تجب فطرته أم لا ؟ المنصوص عن أحمد في رواية صالح أنه لا تجب لأن الأصل براءة الذمة والفطرة في الذمة ويخرج لنا وجه آخر أنه يجب بناء على جواز عتقه لأن الأصل بقاؤه (ومنها) جواز عتقه في الكفارة والمشهور عدده . وذكر أبو الخطاب احتمالاً بالأجزاء لأن الأصل بقاؤه

وذكر ابن أبي موسى في شرح الترمذي وجهين عن الأصحاب وصحح عدم الاجزاء لأن الأصل بقاء الكفارة في النعمة وقد عضده الظاهر الدال على هلاك العبد من انقطاع خبره فرجع هذا الأصل باعتضاده بهذا الظاهر، رأياً أيضاً فالكفارة ثابتة في النعمة وقد شك في وقوع التقي عنها فلا يسقط بمجرد ذلك (ومنها) إذا ظهر بالمبيع عيب واختلفا هل حدث عند المشتري أو عند البائع ففيه روايتان أحدهما القول قول البائع لأن الأصل سلامة المبيع ولزوم البيع بالتفريق . والثانية القول قول المشتري لأن الأصل عدم القبض المبرئ . وأطلقاكثر الأصحاب هذا الخلاف وفرق بعضهم بين أن يكون المبيع عيناً معينة أو في الذمة فإن كان في الذمة فالقول قول القابض وجهها واحد لأن الأصل اشتغال ذمة البائع فلم تثبت برأئها (ومنها) من لزمه ضمان قيمة عين فوصفها بعيب ينقص القيمة وأنكر المستحق فهل يقبل قوله في دعوى العيب لأنه غارم والأصل إبراء ذمته أو قول خصمه في انكار العيب لأن الأصل عدمه على وجهين (ومنها) إذا أجره عبداً وسله إليه ثم ادعى المستأجران العبدان من يده وأنكر المؤجر ففيه روايتان، أحدهما القول قول المؤجر نقلها حنبل لأن الأصل عدم الإباق وأن المؤجر ملك الاجرة كلها بالعقد . والثانية القول قول المستأجر نقلها ابن منصور لأن الأصل عدم تسليم المنفعة المقنود عليها ولو ادعى أن العبد مرض فالحق قول المؤجر نص عليه في رواية ابن منصور مفرقا بينه وبين الإباق لأن المرض يمكن إقامة البينة عليه بخلاف الإباق (ومنها) إذا ضرب للعين الاجل واختلفا في الإصابة والمرأة تيب فهل القول قول الزوجة لأن الأصل عدم الوطء أو قول الزوج لأن الأصل عدم ثبوت الفسخ على روايتين . وعنه رواية ثالثة أنه يخفى معها ويؤمر بأخراج مائه وهذا يرجع الى ترجيح الظاهر على الأصل (ومنها) إذا شك الزوجان بعد الدخول فقال الزوج أسلمت في عدتك فالنكاح باقى فقالت بل أسلمت بعد انقضاء عدتي فوجهان . أحدهما أن القول قوله لأن الأصل بقاء النكاح . والثاني أن القول قولها لأن الأصل عدم سلامه في العدة (ومنها) إذا قال أسلمت قبلك فلا نفقة لك وقالت بل أسلمت قبلك في النفقة ففيه أيضاً وجهان أحدهما القول قولها لأن الأصل وحوب النفقة والثاني والقول قوله لأن النفقة أنها تجب بالتمكين من الاستمتاع والأصل عدم وجوده كذا ذكر صاحب الكافي ، وعلى القاضي أن النفقة تجب يوماً فإلاصل عدم وجوبها ويتنقض التحليلان بالاختلاف في النشوز (ومنها) إذا علق الطلاق على عدم شيء وشك في وجوده فهل يقع الطلاق على وجهين أحدهما لا يقع وهو المذهب عند صاحب المحرر لأن الأصل بقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق . والثاني يقع ونقل منها عن أحمد ما يدل عليه فيمن حلف ليأكل ثمرة فاختلفت في تمر كثير أن لم يأكل كله حنث وبذلك جزم ابن أبي

موسى والشيرازى والسامرى ورجحه ابن عقيل فى فتواه لان الاصل وجود شرط الطلاق وهو العدم [وهذا بخلاف ما اذا استمر الشك ولم يوجد ما يدل على بقاء العدم ولا على انتفائه فان وجد ما يدل على بقاءه يقينا وقع الطلاق بغير خلاف وإن وجد ما يدل على بقاءه ظاهرا وكان حجة شرعية يجب قبولها فكذلك وإن كان امارة محنة وقع أيضا على المشهور ، وإن وجد ما يدل على انتفاء العدم يقينا لم يقع الطلاق بغير خلاف وإن وجدا يدل على انتفائه ظاهرا فوجهان على قولنا بوقوع الطلاق مع استمرار الشك المساوى [المطلق عليه (ومنها) لو قتل من لا يعرف ثم ادعى رقة او كفره وأنكر الولي ذلك فهل يقبل قوله لان الاصل عصمة دمه او قول الولي لان الاصل فى القتل ايجاب القصاص إلا أن يمنع مانع ولم يتحقق وجرد المانع على وجهين اشهرهما الثانى وحكى الاول عن ابى بكر وكذا الخلاف فيما اذا جنى على عضو ثم ادعى شلله فانكر المجنى عليه لكن المحكى هاهنا عن ابى بكر ان القول قول المنكر وكذلك الوجهان فيما اذا قد ملقوا نصفين ثم ادعى انه كان ميتا فانكر الولي لان الاصل عصمة الدم والاصل حياة المقدود وكذا الوجهان لو جنى على بطن حامل فالقت ولدا لو قت يعيش المولود فى مثله واختلفا فى حياته عند الوضع لتعارض اصل الحياة وبراءة النعمة وكذا الوجهان لو زاد فى القصاص من الجرح وقال انما حصلت الزيادة باضطراب المختص منه وأنكر ذلك لان الاصل عدم الاضطراب وجوب الضمان والاصل براءة ذمته وما يدعيه محتمل (ومنها) لو شهدت بيعة بالنكاح وقد ثبت الطلاق فهل يجب به جميع المهر أو نصفه فقط على وجهين أحدهما يجب المهر كله لانه وجب بالعقد ولم يثبت له سقط ولا لبعضه وهو مقتضى كلام ابى الخطاب وصاحب المحرر . والثانى يجب نصف المهر فقط لان النصف الآخر لا يستقر إلا بالدخول ولم يتحقق والاصل عدمه وهو قول القاضى وقال صاحب المغنى ان أنكر الزوج الدخول فالقول قوله فى نصف المهر والا فالقول قولها فى وجوبه كله (ومنها) اذا رى صيدا فجرحه ثم غاب عنه ووجده ميتا ولا أثر به غير سهمه أو جرحه جرحا موجبا ثم سقط فى ماء ونحوه فهل يباح على روايتين لأن الاصل عدم مشاركة سبب آخر فى قتله والاصل تحريم الحيوان حتى يتيقن سبب اباحته لكن الاصل الاول معتقد بأن الظاهر موته بهذا السبب دون غيره (ومنها) اذا جاء بعض العسكر بمشرك فادعى المشرك أن المسلم أمته وأنكر فيه روايتان احدهما القول قول المسلم فى انكار الامان لأن الاصل عدم الامان . والثانية القول قول المشرك لأن الاصل فى الدماء الحظر الا يتيقن الاباحة وقد وقع الشك هنا فيها وفيه رواية ثالثة أن القول قول من يدل الحال على صدقه منهما ترجيحاً لاحد الاصلين بالظاهر الموافق له وقريب من هذه

المسألة اذا دخل حربى دار الاسلام وادعى أن بعض المسلمين عقده أمانا فهل يقبل قوله على وجهين ذكرهما صاحب المنى ونص احمد أنه اذا ادعى أنه جاء مستأمناً فان كان معه سلاح لم يقبل منه والا قبل فيخرجها هنا مثله .

(القاعدة التاسعة والخمسون بعد المائة)

اذا تعارض الاصل والظاهر فان كان الظاهر حجة يجب قبولها شرعا كالشهادة والرواية والاخبار فهو مقدم على الاصل بغير خلاف وان لم يكن كذلك بل كان مستنده العرف أو العادة الغالبة أو القرائن أو غلبة الظن ونحو ذلك فتارة يعمل بالاصل ولا يلتفت الى الظاهر وتارة يعمل بالظاهر ولا يلتفت الى الاصل وتارة يخرج فى المسألة خلاف ، فهذه أربعة أقسام .
القسم الأول : ماترك العمل فيه بالاصل للحجة الشرعية وهى قول من يجب العمل بقوله وله صور كثيرة جدا :

(منها) شهادة عدلين بشغل ذمة المدعى عليه (ومنها) شهادة عدلين ببراءة ذمة من علم اشتغال ذمته بدين ونحوه (ومنها) اخبار الثقة العدل بان كذبوا ولغ في هذا الاناء (ومنها) اخباره بدخول وقت الصلاة (ومنها) شهادة الواحد العدل برؤية هلال رمضان فانه مقبول على ظاهر المذهب ، وفيه رواية أخرى لا بد من شهادة عدلين كسائر الشهود وفرق ابو بكر بين أن يراه في المصر فلا يقبل وبين أن يراه خارج المصر فيقدم المصر فيقبل خبره (ومنها) اخبار الثقة بطاوع الفجر في رمضان فانه يحرم الطعام والشراب والجماع (ومنها) اخباره بغروب الشمس في رمضان فانه يبيح الفطر صرح به الاصحاب ولم يجعلوه كالشهادة على هلال شوال والفرق بينهما من وجهين - احدهما أن وقت الفطر ملازم لوقت صلاة المغرب فاذا ثبت دخول وقت الصلاة باخبار الثقة ثبت دخول وقت الافطار تبعاً له وقد ثبت تبعاً مالا يثبت استقلالاً بخلاف الشهادة بهلال شوال والثاني أن اخبار الثقة هنا يقارنه امارات تشهد بصدقه لأن وقت الغروب يتميز بنفسه وعليه امارات تورث غلبة الظن فاذا انضم اليها اخبار الثقة قوى الظن وربما افاد السلم بخلاف هلال الفطر فانه لا اماره عليه وفى صحيح ابن حبان من حديث سهل بن سعد قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا كان سائماً أمر رجلاً فأوفى على شئ . فاذا قال قد غابت الشمس افطر ، وصح عن ابن عباس أنه كان يضع طعامه عند الفطر فى رمضان ويضع مرتقباً يرقب الشمس فاذا قال قد وجبت قال كلوا (ومن ذلك) قبوله قول الامناء ونحوهم

عن يقبل قوله في تلف مال أو ثمن عليه مال أو غيره (ومنه ايضاً) قبول قوله الممتدة في انقضاء حدتها بالاقراء ولو في شهر في أحد الوجهين والمنصوص أنه لا يقبل الا بالينة في الشهر ، وقرق صاحب الترغيب بين من لها عادة منتظمة فلا يقبل مخالفتها الا بينة بخلاف من لاعادة لها وفي القنون لابن عقيل لا يقبل مع فساد النساء الا بينة تشهد أن هذه عادتها أو أنها رأت الحيض على هذا المقدار وتكرر ثلاثاً

القسم الثاني ما عمل بالأصل ولم يلتفت الى القرائن الظاهرة ونحوها ، وله صور كثيرة ،
(منها) اذا ادعت الزوجة بعد طول متامها مع الزوج انه لم توصلها النفقة الواجبة ولا الكسوة فقال الأصحاب القول قولها مع بينها لأن الأصل معها مع أن العادة تبعد ذلك جداً واختار الشينخ تقي الدين الرجوع الى العادة وخرجه وجهاً من المسائل المختلف فيها كما سيأتي ذكرها ان شاء الله تعالى قال واذا وجد معها نظير الصداق أو الكسوة ولم يعلم لها سبب يملك ذلك به من غير الزوج فينبى أن يخرج على وجهين إذا اصدقها تعليم سورة ثم وجدت متعلقة لها بعد مدة وقالت لم يعلى الزوج وادعى هو أنه عليها فان في المسئلة وجهين (ومنها) اذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء أو ثوب أو أرض أو بدن وشك في زوالها فانه يبنى على الأصل الى أن يتيقن زواله ولا يسكتفى في ذلك بغلبة الظن ولا غيره وكذلك لو تيقن حدثاً أو نجاسة وغلب على ظنه زوالها فانه يبنى على الأصل وكذلك في النكاح والطلاق وغيرهما (ومنها) اذا شك في طلوع الفجر في رمضان فانه يباح له الاكل حتى يتيقن طلوعه نص عليه احمد ولا عبرة في ذلك بغلبة الظن بالقرائن ونحوها ما لم يكن مستنداً الى اخبار ثقة بالطلوع (ومنها) اذا زنى من له زوجة وولد فانكر أن يكون وطئ زوجته قال اصحابنا لا يرجع لان الأصل عدم الوطء ولحق النسب يثبت بمجرد الامكان ووجود القرائن .

القسم الثالث : ما عمل فيه بالظاهر ولم يلتفت الى الأصل وله صور (منها) اذا شك بعد الفراغ من الصلاة أو غيرها من العبادات في ترك ركن منها فانه لا يلتفت الى الشك وان كان الأصل عدم الاتيان به وعدم راءة الذمة لكن الظاهر من افعال المكلفين للعبادات ان تقع على وجه الكمال فيرجع هذا الظاهر على الأصل ولا فرق في ذلك بين الوضوء وغيره على المنصوص عن احمد وفي الوضوء وجه أن الشك في ترك بعضه بعد الفراغ كالشك في ذلك قبل الفراغ لأن حكمه باق بعد الفراغ منه بخلاف الصلاة وغيرها (ومنها) لو صلى ثم رأى عليه نجاسة وشك هل لحقته قبل الصلاة أو بعدها وأمكن الأمران فالصلاة صحيحة وإن كان الأصل عدم انعقاد الصلاة

وبقاؤها في الذمة حتى يتيقن صحتها لكن حكم بالصحة لأن الظاهر صحة أعمال المكلف وجريانها على الكمال وعصده ذلك أن الأصل عدم مقارنة الصلاة للنجاسة وترجع المسألة حيثئذ إلى تعارض أصليين رجح أحدهما بظاهر عصده (ومنها) إذا اختلف الجفستان بعد العقد في بعض شرائط صحة العقد كما إذا ادعى البائع أنه كان صيباً أو غير مأذون له أو غير ذلك وأنكر المشتري فالقول قول المشتري على المذهب ونصر عليه أحمد في صورة دعوى الصغير في رواية ابن منصور لأن الظاهر وقوع العقود على وجه الصحة دون الفساد وإن كان الأصل عدم البلوغ والأذن . وذكر الأصحاب وجهاً آخر في دعوى الصغير أنه يقبل لأنه لم يثبت تكليفه والأصل عدمه بخلاف دعوى عدم الأذن من مكلف فإن المكلف لا يتعاطى في الظاهر إلا الصحيح . قال الشيخ تقي الدين وهكذا يجهل في الإقرار وسائر التصرفات إذا اختلفا هل وقعت بعد البلوغ أو قبله لأن الأصل في العقود الصحة فاما أن يقال هذا عام وأما أن يفرق بين أن يتيقن أنه وقت التصرف كان مشكوكاً فيه غير محكوم ببلوغه أو لا يتيقن فاما مع تيقن الشك قد تيقنا صدور التصرف ممن لم تثبت أهليته والأصل عدمها فقد شككنا في شرط الصحة وذلك مانع من الصحة وأما في الحالة الأخرى فإنه يجوز صدوره في حال الأهلية وحال عدمها والظاهر صدوره وقت الأهلية والأصل عدمه قبل وقتها فالأهلية هنا متيقن وجودها ثم ذكر أن من لم يقر بالبلوغ حتى يتعلق به حق مثل مثل إسلامه بإسلام أبيه أو ثبوت الذمة له تبعاً لأبيه أو بعد تصرف الولي له أو تزويج ولي أبعد منه لمولته قبل يقبل منه دعوى البلوغ حيثئذ أم لا تثبت هذه الأحكام المتعلقة به في الظاهر قبل دعواه وأشار إلى تحريم المسألة على الوجهين فيما إذا رجع الرجعية زوجها فقالت قد انقضت عدتي وشبهه أيضاً بما إذا ادعى المجهول المحكوم بإسلامه ظاهراً كاللقيط المقر بعد البلوغ فإنه لا تسمع منه على الصحيح وكذا لو تصرف المحكوم بحريته ظاهراً كاللقيط ثم ادعى الرق فقي قوله خلاف معروف (ومنها) إذا غلب على ظنه دخول وقت الصلاة فإنه تصح صلاته ولا يشترط أن يتيقن دخوله في ظاهر المذهب وحكى عن ابن - أحمد أن يعتبر اثنين (ومنها) الفطر في الصيام يجوز بمغلة ظن غروب الشمس في ظاهر المذهب ، ومن الأصحاب من قال لا يجوز الفطر إلا مع يقين الغروب وبه جزم صاحب التاخير والاول أصح لأن الوقت عليه إمارات تعرف بها فاكفى فيها بالظن الغالب بخلاف ما لا إماره عليه من إتمام الصلاة والطهارة والحديث ونحوها وأيضاً فالصلاة والطهارة ونحوهما كل منهما عبادة فعليه مطاوعة الوجود إذا شك في فعل شيء . منها فالأصل عدمه فلا يخرج من عهده إلا ييقن والهوم عبادة وكف عن محظورات خاصة

فمضى لم يتيقن وقوع محظوراتها في وقتها لم يحكم بطلانها وإنما منع من الخروج منها بمجرد الشك المساوي لأن الأصل بقاء الصوم ولم يترجح ظن يمارضه فإذا ترجح الظن عمل به ولم يحكم بطلانه بوقوع محظوراته حيث لا سيما وفعل محظوراته مع ترجيح ظن انقضائه مطلوب شرعا على الاظهر ولهذا جاز الاكل أو استحباب مع ظن طلوع الفجر حتى يتيقن طلوعه كما سبق والفرق بينه وبين وقت الصلاة من وجهين . أحدهما أن الصلاة يجوز فعلها مع غلبة ظن دخول وقتها ولا يجب وكذلك الصيام يجوز الامساك بنية الصوم مع غلبة ظن طلوع الفجر ولا يجب فمساواة . والثاني أن الصلاة عبادة فعلية لا تستغرق مجوع وقتها بل تفعل في جزء منه فإذا فعلت في زمن يغلب على الظن أنه من وقتها كفى والصوم عبادة تستغرق زمنها وهي من باب الكف والترك لا من باب الاعمال فيكفي اشتراط الكف عن محظوراتها في زمانها المحقق دون المشكوك فيه ولا يطل بفعل شيء من محظوراتها في زمن لا يتحقق أنه وقت الصيام إلا أن يكون الأصل بقاء وقت الصيام ولم يغلب على الظن خروجه فلا يباح حيثئذ الاقدام على الافطار ولا تبرا الزمة بمجرد ذلك وهذا كما قلنا فيمن صلى ثم رأى عليه نجاسة يمكن أنها لحقته بعد الصلاة سواء (ومنها) أن المستحاضة المعتادة ترجع الى عاداتها وان لم تكن لها عادة فالى تمييزها وان لم يكن لها عادة وتميز رجعت الى غالب عادات النساء وهي ست أو سبع على الصحيح لأن الظاهر مساواتها لمن وان كان الأصل عدم فراغ حبضها حيثئذ (ومنها) امرأة المفقود تزوج بعد انتظار اربع سنين ويقسم ماله حيثئذ لان الظاهر موته وان كان الأصل بقاءه لكن هل يثبت له أحكام المندوم من حين فقده أولا يثبت الامن حين اباحه ازواجه وقسمه ماله على وجهين ينبغي عليهما لو مات له في مدة انتظاره من يرثه هل يحكم بتوريثه منه أم لا . ونص احمد على انه يزكى ماله بعد مدة انتظاره معللا بأنه مات وعليه زكاة وهذا يدل على أنه لا يحكم له باحكام الموتى الا بعد المدة وهو الاظهر ويتحقق بهذا أن امرأة المفقود بعد مدة انتظاره تمتد للوفاة ثم نباح للازواج فهل يجب لها النفقة من ماله في مدة الصدا في مدة الانتظار أم لا على وجهين . أحدهما لا يجب وهو الذي ذكره ابن الزاغوني في الاتساع وقال ابو البركات في الشرح هو قياس المذهب عندى ، لأنه حكم بوفاته بعد مدة الانتظار، نصارت معتدة للوفاة . والثاني يجب لها النفقة قاله القاضي لأن النفقة لا تسقط الا ييقن الموت ولم توجد هنا وكذا ذكر صاحب المأني وزاد أن نفقتها لا تسقط بعد العدة أيضا لانها باقية على نكاحه ما لم تزوج أو يفرق الحاكم بينهما (ومنها) أن التوم المشغل ينقض الوضوء لانه مظنة خروج الحدث وان كان الأصل عدم خروجه وبقاها الطهارة . وحكى ابن أبي موسى في شرح الخرقى وجها آخر أن التوم

نفسه حدث لكن يعنى عن يسيره كالمم ونحوه (ومنها) اذا زنا من نكح في دار الاسلام بين المسلمين وادعى الجمل بتحريم الزنا لم يقبل قوله لأن الظاهر يكذب وإن كان الاصل عدم عليه بذلك (ومثله) اذا ادعت المعتقة تحت عبد الجمل بالعتق أو بثبوت الحيار ومثاله لا يجمل ذلك فانه لا يقبل قولها (ومنها) اذا زوج المولى امرأة يعتبر اذنها لصحة العقد، ثم أنكرت الاذن فان كان بعد الدخول لم يقبل قولها لأن تمكينها يكذبها. وإن كان قبله فان كان اذنها السكوت وادعت أن سكوتها كان حياء لارضالم لم يقبل قولها نص عليه أحمد في رواية الأثرم، لأن السكوت في حكم الشارع اقرار به ورضا فلا يسمع دعوى خلافه. وإن ادعت أنها ردت أو كان اذنها النطق فانكرته فقال القاضى القول قولها لأن الاصل معها ولم يوجد ظاهر يخالفه (ومنها) لو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها في يوم معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان ثم ادعت عليه أنه تزوجها في يوم آخر معين بمهر مسمى وشهد به شاهدان ثم اختلفا. فقالت المرأة هما نكحان وللى المهران وقال الزوج بل نكح واحد تكرر عقده فالقول قول الزوجة لأن الظاهر معها، وكذا لو شهدت بيته أنه باعه هذا الثوب في يوم كذا بشمن وشهدت بيته أخرى أنه باعه منه في يوم آخر بشمن. فقال المشتري هو عقد واحد كررناه وقال البائع بل هو عقدان فالقول قول البائع لأن الظاهر معه ذكره أبو بكر والقاضى والاصحاب. وقال الشيخ تقي الذين يبنون أن يكون القول قوله لأن الاصل عدم الفرية بينهما والاصل براءته من المهر الثاني.

القسم الرابع: ما خرج فيه خلاف في ترجيح الظاهر على الاصل وبالعكس ويكون ذلك غالبا عند تقاوم الظاهر والاصل تساويهما، وله صور كثيرة:

(منها) اذا سخن الماء بنجاسة وغلب على الظن وصول الدخان اليه ففى كراهته وجهان. أشهرهما أنه يكره (ومنها) لو ادخل الكلب رأسه في إناء فيه ماء. وشك هل ولغ فيه أم لا وكان فيه رطباً فهل يحكم بنجاسة الماء لأن الظاهر ولو غصه أم يطهره لأنه الاصل على وجهين ذكرهما لازجى (ومنها) اذا وقع في ماء يدبر مالا نفسه سائلة وشك هل هو متولد من النجاسة أم لا، وكان هناك بئر وحش وان كان الى البئر أقرب أو هو بينها بالسوية فهو طاهر، وإن كان الى الحش أقرب فهو جهاش. أحدهما أنه نجس والآخر أنه طاهر مالم يعاين خروجه من الحش فقل ذلك صاحب الميهم عن شيخه ابن تيم (ومنها) طين الشوارع وفيه روايتان. أحدهما أنه طاهر ونص احمد عليه في مواضع وجمعه أبو البركات في شرحه المذهب ترجيحاً للأصل وهو الطهارة في الاعيان كلها. والثانية أنه نجس ترجيحاً للظاهر وجمعه صاحب التاخير المذهب حتى حكى عن ظاهر كلام الاصحاب أنه لا (٤٤ - قواعد)

يعنى عن يسيره وابدى احتمالاً بالعفو عنه لمشقة الاضرار وحكى عن ابن عقيل العفو عن يسيره إلا ما تحقق نجاسة من الارض فلا يعفى عنه ، وذكر صاحب المبهم عن ابن عجم أنه قال اذا كانت الشتاء ولم يتعين موضع النجاسة ففى نجاسة الارض روايتان فإذا جاء الصيف حكم بطهارتها رواية واحدة وللمسألة أصول تنبئ عليها . أحدها ما ذكرنا من تعارض الاصل والظاهر . والثانى طهارة الارض وغسلها بماء المطر وغيره اذا لم يبق للنجاسة أثر سواء كانت النجاسة التى على الارض أثراً أو عينا على الصحيح من المذهب والثانى بالاستحالة وفى المذهب خلاف بينى عليه طهارة الطين اذا بقيت (١) فيه عين النجاسة ثم استهلك في حتى ذهب اثرها . والثالث طهارة الارض بالجفاف والشمس والريح وقد توقف فيه احمد وذهب كثير من اصحاب الى عدم طهارتها بذلك وخالفهم صاحب المحرر فى شرح الهداية . ويبقى على ذلك طهارة الارض مع مشاهدة النجاسات فيها وان لم يصح الماء والله أعلم (ومنها) المقبرة المشكوك فى نبشها اذا تقدم عبدها هل يحكم بنجاستها لأن الظاهر نبشها أو بطهارتها لأن الاصل عدمه على وجوب (ومنها) ثياب الكفار وأوانهم وفيها ثلاث روايات عن احمد . احدها الاباحة ترجيحاً للاصل وهو الطهارة . والثانية الكراهية خشية ناس . النجاسة لها اذ هو الظاهر . والثالثة ان قوى الظاهر جداً لم يجوز استعمالها بدون غسل وينفرد على هذه الرواية روايتان . احدهما أنه يمنع من استعمال ماولى عورتهم من الثياب قبل غسله دون ما علا منها . والثانية يمنع من استعمال الاواني والثياب مطلقاً ممن يحكم باذيتته ميتة كالمشركين والمجوس دون غيرهم وقال الخرقي فى شرحه وابن ابي موسى لا يجوز استعمال قدور النصارى لاستحلالهم الخنزير وزاد الخرقي ولا اواني طيبخهم دون اوعية الماء ونحوها مما يبعد اصابته بالنجاسة وزاد ابن ابي موسى المنع من استعمال ثياب من لا تحمل ذيتته كالمجوس مطلقاً وما سفل من ثياب أهل الكتاب ولحق بابنهم حتى تفصل (ومنها) ثياب الصبيان ومن لا يتحرز من النجاسة وفيه ثلاثة اوجه الكراهة وعدمها والمنع حتى تفصل وهو اختيار ابن ابي موسى (ومنها) اذا شك المصلى فى عدد الركعات وفيه ثلاث روايات عن احمد رحمه الله رضى عنه . احدها انه يبنى على الاقل وهو الثلثة لان الاصل عدم الزيادة المشكوك فيها . والثانية يبني على غالب ظنه للحديث الوارد فى ذلك . والثالثة ان قوى الظن باقرار غيره له عليه ببنى على غالب ظنه وهو الامام اذا اقره المأمون وان كان منفرد

بنى على اليقين وهى المشهورة فى المذهب . فلما ان سيج له اثنان من المأمومين فانه يرجع اليهما مالم يثبت صواب نفسه على الروايات كلها . وقال ابن عقيل انما يرجع اليهما اذا قلنا بنى على غالب ظنه لأن تنبيههما انما يفيد غلبة الظن والاول اصح لأن الرجوع الى قولهما رجوع الى بينة شرعية فيترك الاصل لاجلها كسائر البينات الشرعية بخلاف غلبة الظن المجردة اذا جوزنا له العمل بالظن الغالب فانه يجوز له ترك العمل باليقين صرح به الفاضل فى كتاب أحكام القرآن وغيره . ولو شهد اثنان من المأمومين على الامام انه أحدث فى صلاته وأنكر هو وبقيّة المأمومين أعادوا الصلاة كلهم نص عليه فى رواية منها واحتج بخبردى الدين (ومنها) اذا شك فى عدد الطواف وفيه روايتان إحداهما يرجع الى الاصل وهو المتيقن . والثاني يرجع الى غالب ظنه كالصلاة فان أخبره اثنان بما طاف فهل يرجع الى قولهما على وجهين والمتنصوص انه يرجع اليهما وكذا الوجهان لو أخبر المصلى من ليس معه فى الصلاة هل يرجع اليهما أم لا . وفى المتن يرجع الطائف الى خبر الثقة الواحد العدل لأنه خبر دينى فلا يشترط فيه التعدد وانما اشترطنا العدد فى الصلاة لخبردى الدين بقى ماعداها على الاصل (ومنها) لو وجد فى دار الاسلام ميت مجهول الدين فان لم يكن عليه علامة الاسلام ولا الكفر أو تعارض فيه علامة الاسلام والكفر صلى عليه نص عليه فان كان عليه الكفر خاصة فمن الاصحاب من قال يصلى عليه والمتنصوص عن أحمد أنه لا يصلى عليه ويدفن وهذا يرجع الى تعارض الاصل والظاهر إذ الاصل فى دار الاسلام الاسلام والظاهر فى هذا الكفر ، ولو كان الميت فى دار الكفر فان كان عليه علامات الاسلام صلى عليه والا فلا نص عليه أحمد فى رواية على بن سعيد وهذا ترجيح للظاهر على الاصل هاهنا كما رجحه فى الصورة الاولى ولم يرجح الاصحاب هنا الاصل كما رجحه ثم لأن هذا الاصل قد عارضه أصل آخر وهو ان الاصل فى كل مولود أنه يولد على الفطرة (ومنها) اذا اختلف الزوجان فى قدر المهر ولا بينة فقيه روايتان . إحداهما القول قول الزوج لأنه مكر وغارم والاصل براءة ذمته من القدر الزائد على ما يقرر به . والثانية القول قول مدعى مهر المثل لأن الظاهر معه (ومنها) اذا أسلم الزوجان قبل الدخول وقال الزوج أسلنا معاً فنحن على نكاحنا ، وقالت الزوجة بل على التعاقب فلانكاح فوجهان . أحدهما القول قول الزوج لأن الاصل معه . والثاني القول قول الزوجة لأن الظاهر معها اذ وقوع الاسلام معاً فى آن واحد نادر والظاهر خلافه (ومنها) اذا خلا بامرأته وصدقته أنه لم يطلأها وقلنا لا يتقرر بذلك المهر على رواية سبقت وكان له منها ولد فهل يتقرر المهر بذلك لأن الغالب أن الولد ، انما يتعقد عن الاصابة أولاً لأن الاصل عدم اصابتها ويحتمل أنه سبق الماء الى فرجها فاعتقد به الولد على وجهين

ذكرهما القاضى فى المجرّد وفيه نظر فإن سبق الماء الى الفرج انما يكون بعد ما تقرر المهر من وطء دون الفرج كما سبق تقريره ، والأظهر فى تعليل عدم تقرر المهر أن يقال الولد يثبت نسبه بمجرد الامكان بخلاف استقرار المهر (ومنها) لو زوج رجل وليته ثم ظهرت مربية وادعى الولى أنه لم يعلم عيها فقيه وجهان . أحدهما القول قول الولى مع بيته لأن الأصل معه الا أن يكون الميب جنونا ويكون الولى ذا اطلاع عليها فلا يقبل قوله وهو اختيار صاحب المغنى والثانى ان كان الولى قريباً كالاب والجد والابن لم يقبل قوله مطلقاً لأن الظاهر يكذب به وان كان بعيداً قبل قوله مع بيته وهو قول القاضى ووافقه ابن عقيل الا أنه فصل بين عيوب الفرج وغيرها فسوى بين الاولياء كلهم فى عيوب الفرج بخلاف غيرها (ومنها) اذا اختلط مال حرام بحلال وكان الحرام أغلب فهل يجوز تناول منه أم لا على وجهين لأن الأصل فى الأعيان الاباحة والغالب هاهنا الحرام قال أحمد فى رواية حرب اذا كان أكثر ماله [الذهب أ] والربا ونحو ذلك فكأنه يبنى له أن يتزده عنه الا أن يكون شيئاً يسيراً أو شيئاً لا يعرف ، وقريب من هذا إذا اشتبه الماء الطاهر بالنجس وكان الطاهر أكثر فان فى جواز التحرر روايتين وظاهر كلام أحمد فى رواية المروذى جوازها واختاره أبو بكر وابن شافلا وأبو عبي النجاد ومحمّد بن عقيل لكن هنا اعتضد أصل الطهارة فان الطاهر اصابه الطاهر لكثرة (ومنها) اذا قذف مجهول النسب وادعى رقه وأنكر القذف فهل يحد على روايتين لأن الأصل عدم لزوم الحد والأغلب على الناس الحرية أو يقال الأصل فيهم الحرية فيكون ذا من باب تعارض الأصلين (ومنها) اذا قال لدخول بها أنت طالق أنت طالق ولم يقصد بالثانية تأكيداً ولا إيقاعاً بل اطلاق النية . فقال الأصحاب تطلق اثنتين لأنه موضوع للإيقاع كاللفظ الأول ولهذا يقال اذا دار الأمر بين التأسيس والتأكيد فالتأسيس أولى وهذا يرجع إلى المحسل على الظاهر مع بقاء الزوجية وعدم وقوع الثانية والثالثة اذا كرر ثلاثاً فيتوجه أن يخرج رواية أخرى بوقوع واحدة مع الاطلاق لأنه المتيقن ، ويشهد مانقله صالح عن أبيه أنه قال اذا قال أنت طالق أنت طالق وقد دخل بها فهو على ما أراد ان كان اراد إفهامها فهو الذى اراد وان اراد غير ذلك فهو على ما اراد فلم يوقع الثانية بدون النية . وقد حكى أبو بكر عبد العزيز اذا قال أنت طالق بل أنت طالق وأطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة فان نوى بالثانية طائفة أخرى فهل يلزمه أم لا على قولين لأنه إعادة اللفظ الأول بعينه فلا يحتمل التكرار كذلك حكاه القاضى عنه فى كتاب الروايتين ويلزم من ذلك أنه اذا قال أنت طالق وكرره وأطلق النية أنه لا يلزمه أكثر من واحدة وهاهنا مسألة حسنة نص

عليها أحد في رواية ابن منصور فيها إذا قال لامرأته أنت طالق بل أنت طالق قال هي تطليقتان هذا كلام مستقيم وإن قال أنت طالق لا بل أنت طالق هي واحدة ، والفرق بينهما أن بل من حروف العطف إذا كان بعدها مفرد وهي هنا كذلك لأن اسم الماعل من المفردات وإن كان متحملاً لضمير بدليل أنه يرب والجل لا تعرب ولأنه لا يقع صلة ولو كان جملة لوقع صلة وحيث أن يكون ما بعده معطوفاً على ما قبله وقد أوقع قبله واحدة ثم عطف عليها أخرى فتقع اثنتان كما لو أتى بواو العطف وهذا معنى قول أحمد هذا كلام مستقيم - يعني أنه نسق بعضه على بعض كسائر المعطوف بالواو ثم ونحوهما وأما قول النحويين إن ما قبله يصير مسكوتاً عنه غير مثبت ولا منفي فهذا فيما يقبل النفي بعد إثباته والطلاق ليس كذلك شعين إثبات الأول وعطف الثاني عليه. وأما إذا قال أنت طالق لا بل أنت طالق فقد صرح بنفي الأول ثم أثبت به نفيه فيكون المثبت هو المنفي بعينه وهو الطلقة الأولى فلا يقع به طلاق ثانية وهو قريب من معنى الاستدراك كأنه نسي أن الطلاق الموقع لا ينفي فاستدرك وأثبت لثلاث يتوهم السامع أن الطلاق قد ارتفع بنفيه فهذا إعادة للأول لا استئناف طلاق (ومنها) إذا قال الطلاق يلزمي أو أنت الطلاق فهل يلزمه واحدة أو الثلاث على روايتين لأن الآلف واللام قد يراد بها العهد أى الطلاق المعهود المسنون وهو الواحدة ويراد بها مطلق الجنس ويراد بها استغراق الجنس لكنها في الاستغراق والمعموم أظهر والمتيقن من ذلك الواحدة والأصل بقاء النكاح. وعلى رواية وقوع الثلاث فلو نوى به مادونها فهل يقع به مانواه خاصة أو يقع به الثلاث ويكون ذلك صريحاً في الثلاث فيه طريقان للاصحاب ولو قال الطلاق يلزمي وله أكثر من زوجة فإن كان هناك نية أو سبب يقتضى التعميم أو التخصيص حمل به. ومع فقد النية والسبب خرجها بعض الاصحاب على الروايتين في وقوع الثلاث بذلك على الزوجة الواحدة لأن الاستغراق في الطلاق يكون تارة في نفسه وتارة في عمله، وقد فرق بعضهم بينهما بأن عموم المصدر لا أفراده أقوى من عمومه لمفعولاته لأنه يدل على أفراده بذاته عقلاً ولفظاً وإنما يدل على مفعولاته بواسطة لفظ الاكل والشرب مثلاً يعم الانواع منه والاعداد أبلغ من عمومهما المسأ كول والمشروب إذا كان عاماً فلا يلزم من عمومهما لأفرادهما عموم أنواع مفعولاته (١) ذلك ذلك كله الشيخ تقي الدين رحمه الله بمعناه. وفي موضع آخر قوى وقوع الطلاق بجميع الزوجات دون وقوع الثلاث بالزوجة الواحدة وفرق بأن وقوع الثلاث بالواحدة محرم بخلاف وقوع الطلاق بالزوجات المتعددات وقد يقال إن قوله الطلاق يلزمه وإن كان صيغة عموم لكن إذا لم ينو عمومه كان مخصصاً بالشرع عند من في الأصل: أنواع عموم لمفعولاته

يحرم جمع الثلاث وهو ظاهر المذهب فتكون المسئلة حيثئذ من صور التخصيص بالشرع وقد ذكرنا نظائرها في قاعدة سبقت (ومنها) إذا قال زوجي طالق أو عدي حر وله زوجتان وعييد فالتصريح أنه يقع الطلاق والعق بالجميع إلا أن ينوى عدداً معينا لأن اسم الجنس المضاف للعموم فهو كالجمع المعروف. ذكر صاحب المغني احتمالا ورجحه أنه لا يقع الطلاق والتناق مع إطلاق النية إلا بواحد لأن اللفظ صالح للواحد والجميع لحمله على الواحد أولى لأنه المتيقن ولو كان الجمع أظهر فيه ترجيحاً للاصل على الظاهر (ومنها) إذا قاله عندى درهم ودرهم فدرهم. فهل يلزمه درهمان أو ثلاثة على وجهين ذكرهما أبو بكر في الشافى وتزعمها صاحب التلخيص على تعارض الأصل والظاهر فإن الظاهر عطف الثالث على الثانى وبمحتمل إرادة التكرار به لأنه بلفظه فيحمل عليه عند الإطلاق لأنه اليقين قال ولو قال أردت بالثالث تكرار الثانى قبل على الوجهين لاحتماله. وذكر صاحب المغني في الطلاق احتمالا أنه لا يقبل إرادة التكرار والتأكيـد مع حرف العطف لخالفه الظاهر لأن ظاهر العطف يقتضى المغايرة.

(القاعدة الستون بعد المائة)

تستعمل القرعة في تمييز المستحق إذا ثبت الاستحقاق ابتداءً لمبهم غير معين عند تساوى أهل الاستحقاق. ويستعمل أيضاً في تمييز المستحق المعين في نفس الأمر عند اشتباهه والعجز على الإطلاع عليه ومساوئ ذلك الأموال والأبضاع في ظاهر المذهب، وفي الأبضاع قول آخر أنه لا تؤثر القرعة في حل المعين منها في الباطن ولا يستعمل في الحاق السبب عند الاشتباه على ظاهر المذهب ويستعمل في حقوق الاختصاص والولايات ونحوها، ولا تستعمل في تعيين الواجب المبهم من العبادات ونحوها ابتداءً وفي الكفارة وجه ضعيف أن القرعة تميز المميز المنفصلة.

ونحن نذكر هنا مسائل القرعة المذكورة في المذهب من أول الفقه إلى آخره بحسب الامكان والله الموفق (فمنها) إذا اجتمع محدثان حدثا أكبر أو أصغر وعندهما ما يكفي أحدهما ولا اختصاص لأحدهما به فقيه وجهان أحدهما يقرعان عليه لاستوائهما في الحاجة إليه. والثاني يقسم بينهما ولو كان أحدهما جنباً والآخر محدثاً حدثاً أصغر وكان الماء يكفي كل واحد منهما ويفضل عنه فضله لا يكفي الآخر فقيه ثلاثة أوجه أحدها المحدث أولى لأن فضله يمكن الجنب استعمالها بخلاف فضله الجنب قائماً لا ترفع حدث المحدث ولا شيمته. والثاني الجنب أولى لغاظ حدثه. والثالث هما سوا فقرع بينهما أو يعطيه بأذن الماء لمن شاء منهما قال صاحب التلخيص هذه المسئلة صورها جماعة من اصحابنا في ماء مباح أو مملوك أراد مالكه بذله لأحدهم، وفيه نظر فإن المباح قبل وضع الأيدي عليه لا ملك فيه وبعد

وضع الابدى الجميع والمالك له ولاية صرفه الى من شاء قال ويتصور ذلك عندى فى الوصية بالماء لأولام به انتهى . ويتصور ايضا فى التذرع لأولام به والوقف عليه وفيما اذا طلب المالك معرفة أولام ليؤثره به وفيما اذا ماوردوا على مباح وازدهوا وتشاحوا فى تناول اولاء (ومنها) اذا تشاحوا فى الاذان مع تساويهم المرجح بها فيه فانه يقرع بينهم نهر عليه احمد فى رواية ابى داود وابى طالب ومحمد بن موسى واحتج بان سمعا اقرع بينهم فى الاذان يوم القادسية ونصر فى رواية ابى داود على تقديم القرعة على اختيار الجيران، وفى رواية محمد بن ابى موسى دلى ان المتعاهد للمسجد بالعارة احق (ومنها) اذا اجتمع عراة ومع واحد ثوب قد صلى فيه استحب له اعارته لرفقائه فان ضاق الوقت وفيهم من يصلح للإمامة استحب اعارته فيصل في اماما والعراة خلفه فان استوا ولم يكن الثوب لواحد منهم اقرع بينهم فمن خرجت له القرعة فهو احق به ذكره فى المتن (ومنها) اذا استوى اثنان فى الصفات المرجح بها فى الإمامة من كل وجه وتشاحا اقرع بينهما كما فى الاذان (وكذلك) اذا اجتمع اثنان من اولياء الميت واستويا وتشاحا فى الصلاة عليه اقرع بينهما ولو لولى امامة المسجد رجلان صح وكانا فى الإمامة سواء وايهما بقى اليها كان احق بها فان حضرا معا احتمل أن يقرع بينهما فيقدم من قرع منهما واحتمل أن يرجع الى اختيار أهل المسجد لاحدهما ذكر ذلك القاضى فى الأحكام السلطانية (ومنها) اذا قدم ميتين الى مكان من مقبرة مسيلة فى آن واحد ولم يكن لاحدهما هناك مزية من أهل مدفونين عنده أو نحو ذلك فانه يقرع بينهما صرح به الاصحاب. وكذلك اذا دفن اثنان فى قبر واحد واستويا فى الصفات فانه يقدم احدهما الى القبلة بالقرعة كما فعل معاذ بن جبل بامرأته (ومنها) اذا اجتمع ميتان فبذل لهما كفنان وكان أحدا الكفنتين أجود من الآخر ولم يعين الباذل مال كل واحد منهما فانه يقرع بينهما لما ورد فى السنة بذلك فروى الامام أحمد فى المسند من حديث الزبير انه قال لما كان يوم أحد أقبلت صفية يعنى أمه فاخرجت ثوبين معها فقالت هذان ثوبان جئت بهما لآخى حزة فكفناه فيها قال فجئت بالثوبين ليسكنن فيها حزة فاذا الى جنبه رجل من الانصار قتيل قد فعل به ما فعل بحمزة قال فوجدنا غضاضة وحياء أن يكفن حزة فى ثوبين والانهارى لا كفناه فقال لحزة ثوب وللانصارى ثوب فقدرناهما فكان أحدهما أكبر من الآخر فأقرعنا بينهما فكفنا كل واحد فى الذى طار له وقد ذكره الأثرم للامام أحمد لما عدد أحاديث القرعة فرفه أحد وعده معها وهذا يشعر بأنه أخذ به (ومنها) ولو اشتبه عبده بعبد غيره فهل يصح بيع عبده المشتبه من مال الآخر قبل تمييزه أم. قال القاضى فى خلافه يحتمل

أن لا يصح العقد حتى يقع التمييز وبماذا يقع يحتمل أن يقرع بينهما فيعين بالقرعة ثم يبيعه لأنه قد اختلط المستحق بغيره ويحتمل أن يقف على المرافعة ولو سلناه فلان الجمل هنا يغير فعله فعلى عنها قال وأجود ما يقال فيها أنهما يبيعان العبدان ويقسمان الثمن على قيمة العبدان كما قلنا إذا اختلط زيت بزيء الآخر وأحدهما أجود من الآخر أنهما يبيعان الزيت ويقسمان الثمن على قدر القيمة انتهى (ومنها) إذا ادعى الودعة اثنان فقال المودع لا أعلم إن هي منكافانه يقرع بينهما فمن قرع صاحبه حلف وأخذها نص عليه أحد وهى من فروع مسألة تدعى حين يد ثالث يعترف بأنها لأحدهما وسنذكرها إن شاء الله (ومنها) إذا سبق اثنان إلى الجلوس بالأدكن المباحة كالطرق الواسعة ورحاب المساجد ونحوها لمعاش أو غيره، فالذهب أنه يقدم أحدهما بالقرعة وفيه وجه بتقديم السلطان لمن يرى منهما بنوع من الترجيح وكذلك لو استبقا إلى موضع في رباط مسبل أو خان أو استبقا فقيمان إلى مدرسة أو صوفيان إلى خانكاه ذكره الحارث وهذا يتوجه على أحد الاحتمالين الذى ذكرهما فى المدارس والخانات المختصة بوصف معين انه لا يتوقف الاستحقاق فيها على تنزيل ناظر فأما على الوجه الآخر وهو توقف الاستحقاق على تنزيهه فليس إلا ترجيحه له بنوع من الترجيحات. وقد يقال انه يرجع بالقرعة مع التساوى (ومنها) إذا سبق اثنان إلى معدن مباح أو غيره من المباحات وضاق المكان إلا عن أحدهما فقيمة وجهان. أحدهما يقترعان عليه اختاره صاحب المغنى. والثاني قاله القاضى وإن كان أحدهما للتجارة هائياً الإمام بينهما باليوم أو الساعة بحسب ما يرى لأنه يطول وإن كان للحاجة فاحتمالات. أحدهما يقرع بينهما. والثاني يذهب من يأخذ لها ثم يقسم. والثالث يقدم من يراه أحوج وأولى. وأما ان وقفت أيديهما على المباح فهو بينهما بغير خلاف وإن كان فى كلام بعض الأصحاب ما يوم خلاف ذلك فليس بشئ. (ومنها) إذا اجتمع اثنان بين نهر مباح لكل منهما أرض يحتاج إلى السقى منه وكانا يتقايان ولم يكن أسمة الماء بينهما أقرع بينهما أقدم من له القرعة فإن كان لا يفضل عن أحدهما سقى من له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر فإنه يساويه فى استحقاق الماء وأما القرعة للتقديم فى استيفاء الحق لافى أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل فإنه ليس للأسفل حق إلا فيما فضل عن الأعلى وهنا الماء بينهما يستحق كل منهما أن يأخذ بقدر نسبة حقه منه ذكره فى المغنى (ومنها) إذا وصف للقطعة نفسان فهل يقسم بينهما أو يقرع فمن خرجت له القرعة فبى له على وجهين (ومنها) إذا التقط اثنان طفلاً وتساويا فى الصفات أقرع بينهما ولم يقرع بأيديهما جميعاً كفى الحضانة وإن ادعى نفسان التقاط طفل فإن كان فى أيديهما أقرع بينهما فأقر

يد من خرجته بالقرعة فإن استويا في عدم اليد ولم يصفه أحدهما ، فقال القاضي والا كثرون لاحق
 لأحدهما فيه . ويعطيه الحاكم إن شاء منهما أو من غيرهما لأنه لم يثبت لهما سبب الاستحقاق . وقال
 صاحب المغنى الأول أن يقرع بينهما لأنهما تنازعا شيئاً في يد غيرهما فاشبه مالو تنازعا وديعة وفيه
 نظر . فإن الوديعة لعين ولا مدعى لها سواء بالعلاف اللقب أو الحق لمن سبق إليه ولم يثبت سبق
 لواحد منهما فصاراً كغيرهما ، ولو ادعى اثنان لفظة بين أيديهما كل منهما يقول أنا سبقت إليها أقرع
 بينهما ذكره القاضي في خلافه . وهذا في الظاهر يخالف قوله في دعوى التقاط الطفل إلا أن يفرق
 بينهما بأن لفظة تقول إلى الملك فهي كدعوى اثنين ملكية حين يبرز أيديهما لا يد عليها لأحد كما ساقى
 إن شاء الله (ومنها) إذا وصى لجاره محمد وله جاران بهذا الاسم فهل تبطل الوصية أو تصح ويوزن أحدهما
 بالقرعة فيه خلاف سبق ذكره مبسوطاً ، وكذا سبق ذكر من وهب أحداً ولأده وتعدد الوقوف
 على عينه أو وقف عليه واشتبه فيهم (ومنها) إذا وصى لزيد بعبد من عبده قال الحنفى يعطى واحداً
 منهم بالقرعة كما لو اتفق واحداً مبهماً والمخصوص عن أحد في رواية ابن منصور أن له أخسهم
 يعنى أدنى ما يقع عليه الاسم لأنه المتيقن ، وأما أقرعنا في العتق لأن العتق حق للعبيد وقد تساوا
 في استحقاقه فيوزن بالقرعة وهنا الحق للوصى له وأما يستحق ما يصدق عليه الاسم (ومنها) إذا مات
 المتوارثان وعلم أمبقهما موتاً ثم نسي . فقال القاضي لا يمتنع أن تقول هنا بالقرعة لتعيين السابق
 والمذهب أن حكم ذلك حكم مالو جبرلوا الحال أو لأنه يورث كل واحد منهما من الآخر من تلاح
 ماله دون ماورثته منه ، ولو ادعى ورثته كل واحد منهما بسبق الآخر ولا يثبت لهما أو تعارضت البيتان
 ففيه أوجه . أحدهما يعين السابق بالقرعة اختاره ابن أبي موسى وضعفه أبو بكر في كتاب الخلاف .
 والثاني يتوارثان كما لو جبرل الورثة الحال وهو قول أبي الخطاب وقيل القاضي في المجرد وابن عقيل
 هو قياس المذهب . والثالث يخلف ورثته كل واحد لا سقط دعوى الآخر ولا يتوارثان نص عليه
 أحد واختاره الحنفى لأن ورثته كل واحد قد علم استحقاقه لارثه وغيرهم يدعى عليهم استحقاق
 مشاركة وهم يشكرون ذلك فيكون القول قولهم مع أعيانهم بخلاف مسائل الحنفى فإن الورثة متفقون
 فيها على عدم العلم بالساق وليس فيهم مدح لا يستحق انفراده بماله ميتة . والوجه الرابع وهو اختيار
 أبي بكر في كتاب الخلاف أنه يقيم القدر المتنازع فيه من الميراث بين مدعيه نصفين وعليهما الميراث في
 ذلك كما لو تنازعا دابة في أيديهما (ومنها) إذا مات عن زوجات وقد طلق أحدهن مطلقاً يقطع الارث
 أو كان نكاح «ضمن ناسداً لا توارث فيه ، وجعل بين المعلقة وذات النكاح انفاسد فلها تعين
 بالقرعة والميراث لا يوافق من عليه أحمد (ومنها) الأولياء المستوفون في النكاح إذا تنازعا أقرع بينهما
 (٤٥ - قواعد)

فان سبق من اخطائه القرعة فزوج قبل يصح أم لا على وجهين (ومنها) لو زوج وليان من اثنين وجعل
أسبق العقدين فقيه روايتان. احدهما يمين الأسبق بالقرعة فن خرجت له القرعة فهي زوجته
ولا يحتاج الى تجديد عقد ولا يحتاج الآخر الى طلاق هذا ظاهر كلام أحمد في رواية حنبل وابن
منصور وقد ذكر هذه الرواية في هذا الوجه القاضي في المجرى [وابن عقيل وغيرهما وذكر القاضي
في الجامع] والخلاف والروايتين وأبو الخطاب وغيرهما أن الآخر يؤمر بالطلاق كما يطلق في
النكاح الفاسد وفيه ضعف فان هذا لم يتحقق له نكاح منعقد بخلاف الناكح نكاحاً فاسداً ، وأيضاً
فمجرد طلاقه بتقدير أن يكون نكاحه هو السابق لا يفيد حل المرأة للآخر فلها ان طلاقه من
الاصحاب يحدد الذي خرجت عليه القرعة النكاح لتحل له يمين . وقد حكى ذلك القاضي في كتاب
الروايتين عن أبي بكر أحمد بن سليمان النجاد ثم رده بأنه لا يبقى حينئذ معنى للقرعة فانه اذا أمر
أحدهما بالطلاق وأمر القارع بتجديد النكاح فقد خلت المرأة من زوجيتهما معاً فلها أن تزوج من
شئت منهما ومن غيرهما ولا فائدة حينئذ للقرعة . وهذا بعينه قول من يقول بفسخ نكاحهما كما
سيأتي . وقال الشيخ قتي الدين لو كان الأمر كما ذكره لم يبق من الروايتين فرق ولا للقرعة فائدة
وانما يجب على رواية القرعة أن يقال هي زوجة القارع بحيث يجب عليه نفقتها وسكنائها ، ولو مات
ورثته لكن لا يطأها حتى يحدد العقد فيكون تجديد العقد محل الوطء فقط ولعل هذا قياس المذهب
أو يقال انه لا يحكم بالزوجة إلا بالتجديد ويكون التجديد واجباً عليه وعليها كما كان الطلاق
واجباً على الآخر قال وليس في كلام أحمد تعرض لطلاق ولا لتجديد الآخر النكاح فان القرعة
جعلها الشارع حجة وينة تفيد الحل ظاهراً كالشهادة والنكول ونحوهما لا يوقف معه على
حقيقة الأمر في الباطن والمجهول غير مكلف به العباد بل هو في نظر الشرع كالمعلوم مادام مجهولاً ،
ونظير هذه الرواية في القرعة أن المشهور من المذهب ان من طلق واحدة من زوجاته ثم أنسبها
فانها تبين بالقرعة ومحل له وطء البواقي فكذلك هاهنا يميز النكاح الصحيح من الباطل بالقرعة
ويفيد حل الوطء ولا يقال هناك الأصل فيمن لم يخرج عليها القرعة بقاء النكاح ولم يتيقن وقوع
الطلاق عليها وهنا الأصل عدم انعقاد النكاح في كل واحد منهما فلا يباح الوطء بدون تيقن
العقد الصحيح لانا نقول الاستصحاب بطل يمين وقوع الطلاق المعر . ولهذا أبطل أصحابنا
الاستصحاب في مسألة اشتباه النساء اطوار بالنس ومنعوا استعمال أحدهما بالآخر لأن
الاستصحاب زال حكمه يمين التنجس . وحينئذ تنفي الضرورتان لأن احدهما اشتبهت الزوجة
بالطلة ثلاثاً وفي الأخرى اشتبه الزوج بغيره وكون أحدهما له أصل في الحل دون الآخر لا أثر

له عندنا . ولهذا يسوى بين اشتباه البول بالماء الطاهر واشتباه الماء النجس بالطاهر ونحن نقول على أحد الوجهين لو أقر بأن ولد اخدى امه ابته ثم مات ولم يعنه بن بالقرعة وان كان حرا الاصل . واعلم ان القاضى حكى عن ابي بكر بن سليمان النجاد انه يقرع بين الزوجين فنقرع أمر صاحبه بالطلاق ثم جدد الاخر نكاحه ، وقرأت بخط القاضى فى بعض مجاميعه قال حكى أبو الحسن الجزرى قال سئل أبو على النجاد عن رجل زوج ابنته على صداق ألف درهم ثم مات الأب قبل دخول الزوج بها ، فحضر ثلاثة رجال كل واحد منهم يقول زوجنى أبوك منك على صداق ألف درهم قبضها منى . وعدم كل واحد منهم البينة فى الحال وقالت البنت أعلم ان واحدا من هؤلاء الثلاثة تزوجنى بقبناً ولكن لا أعرفه عينا فقال أبو على النجاد ترفع أمرها الى الحاكم فيجبر الثلاثة على أن يطلقها كل واحد منهم طائفة واحدة ثم يقرع بين الثلاثة على الألف يأبهم كانت له القرعة أخذ الألف ثم يقال للمرأة تزوجى أبهم شئت أن احببت فان كانت هذه الحكاية مستند القاضى فى الحكاية عن النجاد فقد وهم فى تسميته فان الحكاية عن ابي على ونسبها هو الى ابي بكر بن سليمان وليست المسئلة فى نكاحين مشتبهين بل فى دعوى القرعة فيها انما هى للبال لا محل البضع فلا يصح محاكاه القاضى عن ابي بكر النجاد بالكلية فليحقق ذلك ، والرواية الثانية يفسخ النكاحان جميعاً ثم تزوج من شامت منهما أو من غيرها اذا شامت قتلها ابو الحرث ومنها ، وهى اختيار ابي بكر فى خلافه والخرق وحكى ابن ابي موسى المستقرائتين . احدهما يبطل النكاحان ، والثانية يقرع بينهما فنخرجت له القرعة فهى له قال والاول اظهر وأصح ، وظاهره أن النكاحين يبطلان من غير فسخ ويشهد له ما نقله ابن منصور عن احمد فى ولين زوجا امرأة لا تدرى أيهما زوج قبل قال ما أرى لواحد منهما هاهنا نكاحاً ومن الاصحاب من حكى ذلك وجهاً وقيداً بما اذا أمكن وقوعهما معا وقد جعل القاضى فى خلافه المذهب كذلك . وإما أن علم وقوعهما معاً فهما جميعاً باطلان غير منعدين . وذكر القاضى فى خلافه وفى كتاب الروائين أن حكمه حكم مالو وقعا مترتين وسجل اسبقهما فيه الروائيان . قال ابو البركات وهذا لا وجه له ولعله خرق الاجماع ، فأما حكم المهر فى هذين النكاحين المشتبهين فقد سبق ذكره وان فى وجوب نصف المهر على من تخرج الزرعة عليه منهما وجهين ، فان ماتت المرأة قبل الفسخ ففى المضى احتمالان . احدهما يوقف نصف ميراثها أو ربه حتى يصطلحان عليه . والثاني يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة حلف أنه المستحق وورث قال الشيخ تقي الدين وكلا الوجهين لا يخرج على المذهب : أما الاول فلا نال انقفاً الخصومات قط . وأما الثاني فكيف يحلف من قال لا أعرف الحال وانما المذهب على رواية القرعة أيهما قرعه فله الميراث

بلايين ، وأما على قولنا لا يقرع فإذا قلنا إنها تأخذ من أحدهما نصف المهر بالقرعة فكذلك يرثها أحدهما بالقرعة بطريق الأولى ، وإما أن قلنا لا مهر فها قد يقال بالقرعة أيضا انتهى . وإن مات الزوجان جميعا فلها ربع ميراث أحدهما فإن اتفقت مع أحد الزوجين قبل موته أو مع ورثته أنه هو السابق فالميراث لها منه بغير اشكال وإن ادعت أن أحدهما هو السابق وانكر هو أو ورثته فالقول قولهم مع إيمانهم . فإن نكلوا قضى عليهم وإن لم تفر المرأة بسبق أحدهما قضى المعنى احتمالان أحدهما أن يحلف ورثة كل منهما ويبرأ . والثاني يقرع بينهما فمن خرجت له القرعة فلها ربع ميراثه وهذا الوجه الثاني يتعين فيما إذا انكر الورثة العلم بالحال ويشهد له نص أحمد في رواية حنبل وغيره فيمن زوج إحدى بناته من رجل ثم مات الأب ثم مات الزوج ولم يعلم عين الزوجة أنه يقرع بينهما فأيتين أصابتها القرعة في التي ترثه ، وقد ذكر ذلك صاحب المعنى أيضا فيما إذا ادعى كل واحد منهما أنه السابق بالمقدول يقر الواحد منهما بذلك ثم ماتا أنه يقرع بينهما ويكون لها ميراث من تقع القرعة عليه ولم يذكر فيه خلافا (ومنها) إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ثم طلق الجميع ثلاثا فالمشهور عند الأصحاب أنه يخرج منهن أربع بالقرعة فيكن المختارات وله نكاح البواقي بعد عدة الأربع بناء على أن الطلاق اختيار والقرعة لها مدخل في تعيين المطلقات المبهومات يميزن بالقرعة ويحكم باختيارهن وينسخ نكاح البواقي بغير طلاق فيباح له نكاحهن بدون زوج وأصابة بعد انقضاء عدة البواقي . وقال القاضي في خلافة كتاب البيع يطلق الجميع ثلاثا لأن نكاحهن ثابت لم يحكم بفساده فيأحقن الطلاق الثلاث فلا ينكح شيئا منهن إلا بعد زوج وأصابة . وهذا يرجع إلى أن الطلاق فسخ وليس باختيار ولكن يلزم منه أن يكون للرجل في الإسلام أكثر من أربع زوجات يصرف فيهن بخصاصه ملك النكاح من الطلاق وغيره وهو بعيد ، واختيار الشيخ تقي الدين أن الطلاق ما هنا فسخ ولا يحسب من الطلاق الثلاث وليس باختيار ، وإن مات قبل أن يختار منهن أربعاً فإنه يقرع بينهما فيورث أربع منهن بالقرعة ، وأما العدة ففيها وجهان . أحدهما على الجميع عدة الوفاة قاله القاضي في الجامع لأنه مات والكل محبوسات على نكاحه فكان عليهن عدة الوفاة وإسلامه لم يوجب البيئونة في الزائد على الأربع بل البيئونة قف على اختياره فإذا اختار في حياته أربعاً فعدة البواقي من حين الاختيار على المشهور لا من حين الإسلام . والثاني وهو قول القاضي في المجرّد وابن عقيل وصاحب المعنى أن عليهن أطول الأربع من عدة الوفاة وعدة الوطء وعلوه بأن أربعاً منهن زوجات والبواقي موطوات بشبهة فيجب على الجميع أطول العديتين لتبرأ الذمة من العدة الواجبة يقيّن ، وهذا لا يخرج إلا على القول بأن البيئونة ثبتت بالإسلام وتبين بالاختيار فإذا اختار أربعاً

فعدة البواقي من حين اسلامه، أما اذا قلنا عدتهن من حين اختياره فهن زوجات له حتى يختار فلا يشوجه أن يحجب عليهن سوى عدة الوفاة إلا أن يقال إن نكاحا حين في حكم الفاسد لأنه لا يجوز استدامته بحال فلا يجوز أن يثبت له خصائص النكاح الصحيح ويحجب عنه بان النكاح الفاسد اذا اتصل به الموت أوجب عدة الوفاة على المنصوص فيها أولى. ويلحق بهذه المسئلة ما اذا طلق واحدة مبهمة أو معينة ثم أنسها ثم مات قبل القرعة فاما نقرع بينهما ونخرج المطلقة بالقرعة ويورث البواقي كأنصر عليه أحد، وأما العدة فقد ذكر القاضي في خلافه أنه يجب على كل واحدة منهن عدة الوفاة ان لم يكن دخل من يسقط الفرض يقين وان دخل بهن لزمن أطول الا من من عدة الطلاق من حينه وعدة الوفاة من حينها لأن كل واحدة منهن محتمل أن تكون مطلقة وأن تكون زوجة فلا تبرا الذمة بدون ذلك وهذا يخالف المنصوص عن أحد فانه نص في روايته ان طالب أنه يقرع بينهما فأثبتن أصابها القرعة لم تورت ولم تعدد ومراده أنها لا تمتد عدة الوفاة وهذا يدل على أن العدة تابعة للبراث وهو ظاهر كلام القاضي في المجرد فمن خرجت لها قرعة الطلاق فليس عليها سوى عدة الطلاق من حينها وعلى البواقي عدة الوفاة من حينها لأن القرعة بينة شرعية وقد حكما بحل البضع بها كما سبق فجاز أن يثبتن عليها حكم العدة لأنها من توابع الطلاق ولوازمه، فعلى هذا المنصوص يخرج في مسألة من أسلم على أكثر من أربع ثم مات قبل أن يختار منهن أن يقرع بين أربع منهن فيكون المختارات وتلزمهن عدة الوفاة من حينها ويلزم البواقي عدة الوطء من حين الاسلام لذا قلنا إن عدتهن من حين الاسلام وعلى قول القاضي على الجميع أطول الأجلين (ومنها) اذا اصدق الزوجة عبداً من عبيده فحكى طائفة من الأصحاب في المسئلة روايتين احدهما أنه يتعين بالقرعة. والثانية لها الوسط منهم وخرج ابن عقيل فيها وجهين آخرين احدهما أنه يعطيا ما يختاره هو. والثاني يعطى ما تختاره هي واختار أهم إن تساوى فلها واحد بالقرعة والا فلها الوسط والمنصوص عن أحد في ذلك ما نقله من أبي رجل تزوج امرأة على عبد من عبيده فقال اعطيا من أحسنهم قال ليس له ذلك ولكن يعطيا من أو سطهم فقلت له ترى أن يقرع بينهما. قال: نعم اقلقت: تستقيم القرعة في هذا؟ قال نعم. يقرع بين العبد. وتاويل أبو بكر هذا على أنه تزوجها على عبد معين واشتبه. قال القاضي ولا يصح هذا التأويل لأنه قال يعطى وسطهم ولو كان معينا اعتبر الأوسط ونزل عنه جعفر بن محمد يقوم التخادم وسطا على قدر ما يتخدم مثلها (ومنها) اذا دعاه اثنان الى وليمة عرس واستويا في الصفات المرجحة أقرع بينهما (ومنها) اذا زفت اليه امرأتان معا فانه يقدم احدهما بالقرعة (ومنها) اذا أراد السفر بإحدى زوجاته أو الداءة بها لم يحز بدون قرعة الا أن يرضى البواقي بذلك (ومنها) لو طلق امرأة

من نسائه مبهمه بأن قال لامراتيه احدا كما طالق ولم ينو معينا فانه يعين المطلقة بالقرعة في ظاهر المذهب ونص عليه احمد في رواية جماعة ، وفيه رواية ثانية أن له تعيينها باختباره ، وتوقف احمد مرة فيها في رواية أبي الحارث (ومنها) اذا طلق واحدة معينة من نسائه ثم انسيها أو جعلها ابتداء كمن قال ان كان هذا الطائر غرابا فقلانة طالق وان لم يكن غرابا فقلانة طالق فطار ولم يعرف ما كان فالشهور أيضا أنها تعين بالقرعة وبحل له البواقي كما أنه لو اعتنق أمه من أمائه وأنسيها عينها بالقرعة وحل له البواقي لأن القرعة قامت مقام الشاهد والمخبر للضرورة والشارع لم يكن العباد ما نفس الأمر يل بما ظهر وبدا وان كان مخالفا لما في نفس الأمر والمجهول كالمعذوم ما دام مجهولا فاذا علم ظهر حكمه كالاجتهاد مع النص والتيمم مع الماء ، وقد نص احمد صريحا على هذا في رواية جماعة وعن احمد لا يقرع بل يوقف حتى يتبين قال الشافعي سألت احمد عن الرجل يطلق امرأة من نسائه ولا يعلم ايمن طلق قال اكراه أن أقول في الطلاق بالقرعة قلت أرأيت ان مات هذا قال أقول بالقرعة أى لأجل الميراث بعد الموت. وهذه اختيار صاحب المغني والمذهب الأول وعليه فلو ذكر ان المطلقة خير من أصابتها القرعة وانه يذكر ذلك لزمه الطلاق فيها وهل ترجع التي وقعت عليها القرعة توقف فيه احمد مرة وقال في رواية الميموني ان كانت تزوجت لم ترجع اليه لان حق الزوج الثاني تعلق بها فلا يقبل قوله في إسقاط حقه وفسخ نكاحه، وان لم تزوج فان كانت القرعة بفعل الحاكم لم ترجع اليه أيضا نص عليه في رواية الميموني أيضا . قال ابن أبي موسى وهو يرجع الى أن حكم الحاكم له تأثير في التحريم وفيما قاله نظر بل الظاهر أنه يرجع إلى أن فعل الحاكم حكم فلا يقبل قول الزوج فيما يرفع فعل الحاكم لأن تعليق حكم الحاكم كتمليك حكم الزوج وأولى، وان لم تكن القرعة من الحاكم رجعت اليه نص عليه أيضا لأن إخباره بذلك مقبول قبل القرعة فكذلك بعدها إلا أن يتضمن إبطال حق لغيره ولم يوجد ذلك هنا فعن أبي بكر وابن حامد لا يرجع اليه لأنه متهم في نفى الطلاق عنها فلا يقبل قوله فيه (ومنها) لو رأى رجلان طورا فقال احدهما إن كان غرابا فامرأتي طالق ثلاثا وقال الآخر إن لم يكن غرابا فامرأتي طالق ثلاثا وفيه وجهان . أحدهما يبني كل واحد منهما على يقين نكاحه ولا يحكم عليه بالطلاق ولأنه متيقن لحل زوجته شك في تحريمها بخلاف ما اذا كانت الزوجتان لرجل واحد فانه يقرن زوال النكاح في احدي زوجتيه فلذلك عينت بالقرعة وهذا اختيار القاضي وأبي الخطاب وكثير من المتأخرين . والثاني أنه يقرع بينهما فن وقعت عليه القرعة طلقت زوجته كما لو كانا لرجل واحد وهو اختيار الشيرازي في الإيضاح وابن عقيل والحلواني وفي الجامع للقاضي أنه قياس المذهب وعلى الأول فن اعتقد خطأ الآخر

دونه حل له الوطء وان شك وتردد كف عنه وجوبا عند القاضي. وورعاً عند ابن عقيل والنصوص عن احمد في هذه المسئلة ما رواه ابنه عبد الله انه قال يعتزلان نساها حتى يتيقن فيحتمل أن يكون حكم لوقوع الطلاق على احدهما ولكن لم تخرجه بالقرعة كما رواه الشافعي عنه ويحتمل وهو الاظهر أنه منع من الوطء خاصة كما قاله القاضي. قال الشيخ تقي الدين تأملت نصوص احمد فوجدته يأمر باعتزال الرجل امرأته في كل يومين حلف الرجل عليها بالطلاق وهو لا يدرى امرأه بار فيها أم لا ؟ حتى يستيقن أنه بار فن لم يعلم أنه بار اعتزلها أبداً وان علم أنه بار في وقت اعتزلها وقت الشك وحاصله أنه متى عاق الطلاق بشرط وأمكن وجوده فانه يعتزل امرأته حتى يعلم انتفاؤه نص على فروع هذا الأصل في مواضع (منها) اذا قال ان كنت حاملاً انت طالق يعتزلها حتى يتبين الحمل (ومنها) اذا وكل وكيلاً في طلاق امرأته يعتزلها حتى يدرى ما يفعل (ومنها) اذا قال أنت طالق ليلة القدر يعتزلها إذا دخل العشر الاواخر لا يمكن أن يكون أول ليلة (ومنها) اذا قال أنت طالق قبل موتي بشهر فانه يعتزلها مطلقاً نقله عنه منها (ومنها) مسألة إن كان الطائر غراباً وهي هذه المسألة (ومن مسائل القرعة) اذا قال لامرأته ان ولدت ذكراً فأنت طالق طلقة وان ولدت أنثى فأنت طالق طلفتين فولدت ذكراً وأنثى متعاقبين وأشكال السابق منهما فوجهان. أحدهما أنه يقع بها واحدة لأنه المتيقن والزائد عليه مشكوك فيه فيلغى كما لو طلق وشك هل طلق واحدة أو اثنتين ؟ وهذا قول أبي الخطاب ورجحه صاحب المغني. والثاني يعين الواقع منهما بالقرعة قاله القاضي وابن عقيل لأنه تيقن وقوع احد المتعلقين وشك فميز بالقرعة كما لو تيقن وقوع طلاق احدي الزوجتين وشك في عينها، وما أخذ الخلاف أن القرعة لا مدخل لها في الحاق الطلاق لاحد الاعيان المشبهة فمن قال بالقرعة هنا جعلها لتعيين احدي الصفتين وجعل وقوع الطلاق لازماً لذلك ومن منعها نظر الى قصدبها هنا هو الا لازم وهو الوقوع ولا مدخل للقرعة فيه وهذا اظهر (ومن غرائب مسائل القرعة في الطلاق) اذا قال لزوجاته الأربع أيكن لم أحأها ليلة نساها طالق ولم يطأ تلك الليلة واحدة منهن فالمشهور عند الاصحاب أنهن يطلقن ثلاثاً ثلاثاً لأن شرط الطلاق وهو خلل الوطء في الليلة قد تحقق في آخر جزء منها ناذاً بقي جزء منها لا يتسع للإبلاج تحقق شرط طلاق الجميع دفعة واحدة فيطلق الجميع ثلاثاً ثلاثاً لأن لكل واحدة ثلاث نساها لم يطأهن فاجتمعت شروط وقوع الثلاث عليها. وحكى أبو بكر في التنبيه في المسئلة وجهين عن الاصحاب. أحدهما هذا. والآخر وهو الذي ذكره أولا وجزم به ان احدهما ناطق ثلاثاً والباقى طالق اثنتين اثنتين ناطقاً بأنه لا أمتنع عن الأولى طلقت الثلاث واحدة واحدة فلما امتنع عن الثانية طلقت الأولى واحدة والثالثة والرابعة اثنتين

ثنتين فلما امتنع عن الثالثة طلقت الأولى اثنتين والثانية اثنتين والثالثة كذلك وبانت الرابعة فلما امتنع عن الرابعة امتنع عنها وهي غير زوجة فلم يقع بالامتناع فيها طلاق فعلى هذا الوجه ينبغي أن يقرع بينهما فمن خرجت لها فرعة الثلاث حرمت بدون زوج وأصابة وملك رجعة الباقى وشرح كلامه أن يقدر الامتناع من وطئن مرتباً لأنه لا يمكن إلا كذلك فإذا بقى من الليلة زمن لا يتسع للإيلاج في أربع فقد تعذر وطء الأولى حينئذ فطلق الثلاثة الباقى طلقة طلقة فإذا بقى زمن لا يتسع للإيلاج في الثلاث فقد تعذر وطء الثالثة فطلق به الأولى والثانية والرابعة طلقة طلقة فيجتمع على الأولى والثانية طلقة ودلى الثالثة والرابعة طلقتان فإذا بقى زمن لا يتسع للإيلاج في اثنتين فقد تعذر وطء الثالثة فطلق به الأولى والثانية والرابعة فيجتمع على الأولى والثانية طلقتان وعلى الرابعة ثلاث طلقات فتحرر حينئذ وتخرج عن الزوجية فلا يبقى الامتناع من وطئها شرطاً لطلاق صوابها لأن تقدير الكلام لا يمكن لم أطأها الليلة وهي زوجتي وقد تعذر ذلك في هذه الرابعة ، وهذا يرجع إلى أنه متى حلف بالطلاق على فعل شيء في وقت متسع فتعذر فعله في آخر أجزاء ذلك الوقت أنه لا بحث لأن حثته إنما هو بترك ذلك في آخر الوقت فيستدعى وجود المحلوف عليه حينئذ والمعروف من المذهب أنه يبحث في حال التعذر كما لو حلف ليشرن ما هذا الكور اليوم فانف قبل مضي اليوم فإنه يبحث في الحال، وعلى ذكره أبو بكر لا يبحث وقيل صاحب المستوعب ويمكن أن يقال الأولى منهن من كان وقت البين حظه من القسم والثانية التي تأمها (ومنها) إذا ادعى الزوج الرجعة والزوجة انقضاء العدة في أن واحد ففيه وجهان. أحدهما القول قول المرأة لأن الزوج مدعى وهو منكراً. والثاني يقرع بينهما فمن قرع فاقول قوله (ومنها) إذا آلى من واحدة معينة واشتبهت عليه فأنها تميز بالقرعة ذكره أبو بكر وإن آلى من واحدة غير معينة ففي المحرر وجهان. أحدهما يمين بالقرعة. والثاني بتعيينه وهما خرجان من الروايتين في مسألة الطلاق وفي المعنى له وطء الجميع سوى واحدة منهن فإذا لم يبق سوى واحدة تعين الإيلاج فيها لأنه لا يمكن وطؤها بدون الحنف في هذه الحال بخلاف ما قبلها فلا يصير مولياً بدون ذلك (ومنها) إذا تعذر إثبات النسب بالقافة أما لعدمها أو لعدم الحاقها بالنسب لاشكاله عليها ولاختلافها فيه ونحو ذلك فالمشهور أنه لا يباحث بالقرعة وقد قل أحد في رواية على ابن سعد في حديث على في ثلاثة وتعاونوا على امرأة فأفرع بينهم قال لا أعرفه صحيحاً وأوهنه وقال في رواية يعنى ابن منصور في حديث عمر في القافة أعجب إلى يعنى من هذا الحديث وعلى هذا فهل يضيع نفسه أو يترك حتى يبلغ فينقصب إلى من يميل طبعه إليه من المدعين له فيلحق به تلى وجبين والأول قول أبي بكر والثاني قول ابن حامد واختار صاحب المحرر أنه يلحق بالمدعين معاً كالمدينين لعين

ليست في يد أحدها إذا استويا في البيتة أو عدهما فإن العين تقسم بينهما وكذا هاهنا يلحق النسب بهما إذ لا يمكن الحاقه بالقرعة. وقال اسحاق بن ابراهيم سألت أبا عبد الله عن حديث عمر أن رجلين اختصا اليه أيهما وقع على امرأة في طهرها ايش تقول فيه فقال أحد ان ولدت خيرت الابن أيهما شاء اختار وبرهما جميعاً، ويخير في حياتهما أيهما شاء من الأبوين اختار. قال القاضي هذا موافق لقول ابن حامد انه ينسب الى من شاء منهما وقال الحارثي إنما دل على انه ينسب اليهما كما اختاره صاحب المحرر لأنه ورثه منهما ولم يوقفه الى بلوغه وتغييره انما هو للحضاة، والاظهر عندي أن مراد أحد أنه إذا ألحقته القافة بالأبوين معاً ورثهما وخير في المقام عند من يختار منهما. فانه سئل عن حديث عمر وحديث عمر فيه هذان الحكمان. وعن أحد أنه يقرع بينهما فيلحق بنسبه بالقرعة ذكرهما في المخفى في كتاب القرائض وهي مأخوذة واقه أعلم ما روى صالح عن أبيه أنه قال القرعة أراها قد أقرع النبي صلى الله عليه وسلم في خمسة مواضع فذكر منها وأقرع في الولد من حديث الأجلع عن الشعبي عن أبي الخليل عن زيد بن أرقم وهو مختلف فيه، وأذهب الى القرعة لأن النبي صلى الله عليه وسلم بين نساءه والقرعة في القرآن في موضعين، وظاهر هذا انه أخذ بالقرعة والنسب وقد ذكرنا طرق حديث زيد بن أرقم والاختلاف فيه وكلام الحفاظ عليه وتوجيه ما تضمنته من توزيع الدم في جزء مفرد. وقد قال أبو بكر عبد العزيز: لو صح لقائنا به وأما حكم تحريم النكاح فإن ألحقنا القافة الولد بأحد الوائتين وكان بنتأحلت لاولاد الآخر ولم تحمل لأحد من الوائتين لكونها ربيبة له وان لم توجد قافة فإن قلنا يضيق الحب حرمت على الوائتين وأولادهم كما إذا اشتبكت ذات محرم بأجنبي وان قلنا بترك حتى يبلغ فينسب الى أحدهما ببل الطبع حتى حملها لولد الآخر باین هذه المرأة احتیالاً ذكرها صاحب الترغيب في الرضاع (وأما حكم العدة) فقال أكثر الأصحاب ان ألحقت القافة الولد بأحدهما انقضت به عدتها منه ثم اعتدت للآخر وان ألحقت بهما انقضت به عدتها منهما. وفي الاتصاف لا يلزم الخطاب لا يمنع على أصناف أن تقول تنقض به عدة أحدهما لا بعينه وتعد للآخر فيما إذا ألحقته القافة بهما كما لو وطئها رجلاً بشبهة وجعل السابق. وأما إن ضاع نسبه فان لم توجد قافة واشكل عليهم حتى الاقتناع لا ينزاع في يضاف الى أحدهما بالقرعة وتنقض به عدتها منه. قل ويعتمد أن تستأنف العدة لها لأنه لا يعلم به البراءة من ما. أحدهما حيث ينسب إلى واحد منهما، وفي المجرد والفصول والمغزى يلزمها أن تمتد بهد وضعه بثلاثة قرو. لأنه أن كان من الاول فقد آت بما عليها من عدة الثاني وان كان من الثاني فعليها أن تشكل عدة الاول ليستط

الفرس يقيّن . وأما حكم الميراث إذا تضر الخاق النسب بواحد منهما ومات الولد قفى المجرّد في العدد قياس المذهب أنه يقرع بينهما فمن تقع عليه القرعة حكم له بالميراث كما قلنا إذا طلق أحدى نساءه ومات ثم قال فإن كان للطفل أم أو لأحد المتداعيين فيه ولد أو كان لها ولد ولا أحدهما ولد فيجوز أن يكون لليت اخوان ويجوز أن لا يكون فيحكم له بالثك ولا تحجب بالشك . قال الشيخ مجد الدين وفي هذا عندى نظر من وجهين . أحدهما أن القرعة إنما تشرع عندنا إذا امتنع الجمع من الأمرين وهنا يمكن أن يكون منهما عندنا . والثانى أن القاضى ذكر في المجرّد في كتاب الفرائض أنه يوقف المشكوك فيه حتى يصطلىح عليه ثم العجب أنه جعل للام هنا الثلث حيث يشك هل لها الثلث أو السدس ؟ وكان ينبغي أن تعطى بمقتضى القرعة انتهى . وأقول القرعة هنا أرجح من الايقاف لأن فيها فصلاً للاحكام وأما احتمال كونه منهما فهو بعيد جداً فلا تمويل عليه وبما التمويل على العادة الغالبة وأنه ابن لواحد منهما نعم لو عولنا على هذا الاحتمال لقسمنا إرثه بينهما بالسوية وهو متوجه أيضاً ، وأما دخول القرعة فيما تستحقه الام من الثلث أو السدس فغير ممكن كما لا تدخل القرعة فيما تستحقه الغنى من ميراث ذكر أو أنثى ولأنه فيما يستحقه من له حاجب مفقود ونحو ذلك

تنبيه - هذا الكلام فى الحاق النسب ابتداء بالقرعة فأما إذا أقرب ولد بهم من أمه له ثم مات ولم يتبين وتعدت القافة أقرعنا لأجل الحرية فمن خرجت عليه القرعة فهو حر ، وهل يثبت نسبه بذلك فيه خلاف سبق ذكره لأن الحرية هنا مستندة الى الاقرار والقرعة فيرجع ، (ومنها) اذا بلغ سبع سنين فانه يغير بين أبيه وأمه فى الحضانة على ظاهر المذهب فان لم يحرز واحد منهما أو اختارهما جميعاً أقرع بينهما على المشهور ، وفيه وجه يعطى لأمه . وأما قبل السبع فاذا استوى فى استحقاق حضنته ورجلان كأخوين أو امرأتين كأختين فانه يعين أحدهما بالقرعة أيضاً (ومنها) اذا استحق القود جماعة ونشاحوا فى مباشرة الاستيفاء فيه وجهان . أشهرهما أنه يقدم أحدهما بالقرعة . والثانى بشعين الامام قاله ابن أبى موسى هذا اذا كان المقتول واحداً فان كانوا جماعة وطلب ولى كل واحد منهم أن يقتصر على الكمال فيه وجهان أيضاً . أحدهما أنه يقرع بينهم فمن خرجت قرعته أفيد به ويحبج للباقيين الدية . والثانى يبدأ بالسابق فى القتل فيقاد به وتعين الدية للباقيين ، فان قتلهم دفعة واحدة قدم من تخرج له القرعة ولم يذكر صاحب المتن سوى هذا الوجه . وقال ابو الخطاب فى الانتصار يقتل للجميع ويؤخذ من ماله بقية ديّات الجميع تقسم بينهم ، وحكى أن المنصوص عن أحمد أنهم اذا طلبوا القتل فليس لهم غير ما يكونون قد أخذوا بعض حقهم وسقط بعضهم ، وبعد بأن القصاص لا يتبعض فى الاستيفاء والاسقاط (ومنها) اذا أعطينا الأمان لمشرك فى حصن ليفتحه

لنا فعل، ثم اشتبه علينا وادعى كل منهم انه المستأمن فقيه وجهان أحدهما وهو المنصوص في رواية ابن هانئ أنه يحرم قتلهم واسترقاقهم جميعا والثاني يخرج أحدهم بالقرعة فيكون حراً ويرق الباقي وحكي ذلك عن أبي بكر والخزرج لأن القرعة تميز الحر من العبد عند الاشتباه، ولو كان حر الأصل كما لو أقر أن أحد هذين الولدين من هذه الأمة ولده ثم مات ولم يوجد قلة فأنافق بينهما للحرية وإن كان حر الأصل. ومن نصر الأول قال إرقاق الباقي هنا يؤدي إلى ابتداء الإرقاق مع الشك في إباحته بخلاف من أعتق أحد عبده واشتبه عليه فإنه ليس فيه سوى استدامة الإرقاق مع الشك في زواله فالاستدامة تفيقه على الأصل الذي لم يتحقق زواله والابتداء نقل عن الأصل المتحقق مع الشك في إباحته، نعم لو كان المعطى للامان امرأة واشتبهت علينا لتخرج جوار إرقاق النساء سوى واحدة بالقرعة لأن النساء يصرن أرقاء بنفس السبي فقد اشتبه هاهنا الرقيق بحر الأصل كمسئلة الإقرار باليهاء وكذلك لو أسلم واحد من حصن قبل فتحه ثم فتحناه وادعى كلهم أنه المسلم فانه يخرج بالقرعة واحد فلا يسترى ويسترق الباقي لأنهم إنما أسلموا بعد القبر وذلك يوجب استرقاقهم على المنصوص فقد اشتبه هاهنا الحر بمن يثبت استرقاقه فيميز بالقرعة وجعلنا محابنا حكم هذه المسئلة حكم مسئلة دعوى الأمان في جريان الخلاف فيها (ومنها) إذا جعلنا مالا لمن يفتح الحصن فادعى اثنان كل منهما أنه الذي فتحه دون الآخر فقال أبو بكر في التنيه فيه قولان أحدهما أن المال بينهما جميعاً لأنهما فيه سوا بدعواهما له. والآخر يقرع بينهما فمن أصابته القرعة كان المال له (ومنها) لو حلف يمين ولم يدر أي الإيمان هي فالمنصوص عن أحد أنه لا يلزمه شيء قال في رواية ابن منصور في رجل حلف يمين لا يدرى ما هي طلاق أو غيره قال لا يجب عليه الطلاق حتى يعلم أو يستيقن، وظاهره أنه لا يلزمه شيء من موجبات الإيمان كلها لأن الأصل براءة الذمة من موجب كل يمين بانفرادها. وتوقف أحد في رواية أخرى قال صالح سألت أبا عن رجل حلف على يمين (١) لا يدرى ما حلف بالله أم بالطلاق أو بالمشي (٢) قال لو عرف اجترأت أن أجيب فيها فكيف إذا لم يدر. وفي المسئلة قولان آخران. أحدهما أنه يقرع بين الإيذان كلها من الطلاق والعناق والظهار واليمين بالله فما خرج بالقرعة لزمه مقتضاه، وهو بعيد لما يتضمنه من إيقاع الطلاق والعناق بالشك ولكنه احتمال ذكره ابن عقيل في فتونه. وذكر القاضي في بعض تماليقه أنه استمعى في هذه المسئلة فتوقف فيها ثم نظر فاذ قيس المذهب أنه يقرع بين الإيمان كلها الطلاق والعناق والظهار واليمين بالله فأبى يدين وقمت عليها القرعة فهي المخاوف عليها قال ثم وجدت عن أحمد

(١) في الأصل علي بن عيسى والتصحيح على التالسية. (٢) في الأصل: وبالمشيئة والصحيح عنها

ما يقتضى أنه لا يلزمه حكم هذه البرين وذكر رواية ابن منصور . والثاني أنه يلزمه كفارة كل ممين لأنه يتيقن وجوب أحدها وشك في عينه وذكره ابن عقيل في فتوئه أيضاً ، وهو متجه فيما إذا علم أنها إحدى الايمان المكفرة ، وأما ان شك هل هي مما يدخله التكفير أولا فلا يزول شكه بالتكفير المذكور . وفي مسائل ابراهيم الحربي سمعت رجلاً سأل احمد بن حنبل عن ميم حلفها فقال له احمد كيف حلفت فقال له الرجل ليس أدري كيف حلفت فقال احمد حدثنا يحيى بن آدم قال قال رجل لشريك حلفت وليس أدري كيف حلفت ؟ فقال له شريك ليتنى إذا دريت أنت كيف حلفت دريت أنا كيف افككت انتهى . وهذه الرواية يحتمل أن يكون المراد انه لم يدر بما ذا حلف فيكون كرواية صالح السابقة ، ويحتمل أنه لم يدر ما حلف عليه مثل أن يعلم أنه حلف بالطلاق مثلاً ليفعلن شيئاً ونسى ما حلف عليه وهنا قد شك في شرط الطلاق وهو عدمى فلا يلزمه طلاق على المذهب عند صاحب المهر ، وفيه وجه يبحث في آخر أوقات الامكان لأن الاصل وجود [ما علق عليه وهو العدم وإن حلف بالطلاق لا يفعل كذا فبنا شرط الطلاق وجودى] (١) وهو الفعل فلا يقع الطلاق بالشك في وجوده وافق الشيخ تقي الدين فيمن حلف لا يفعل شيئاً ثم نسيه أنه لا يبحث لأنه عاجز عن البر وهو يرجع إلى الوجه المذكور في الصورة الأولى (ومنها) إذا تناضل حزبان واقتسموا الرجال بالاختيار واختافوا في البادى بالاختيار من كل حزب أقرع بينهم لذلك ، وكذلك إذا اختلفت الرامة في المبتدى بالرامى وتماحوا أقرع بينهم في قياس المذهب قال الامدى واختار القاضى أنه يقدم من أخرج السبق فان لم يكن أقرع بينهم واختار صاحب الترغيب انه لا يصح عقد المناضلة حتى يعين المبتدى فيه بالرمى (ومنها) إذا استوى اثنان من أهل الفى في درجة ففى المجرّد يقدم اسنهما ثم أقدمهما هجرة وفي الاحكام السلطانية يقدم بالسابقة فى الاسلام ثم بالدين ثم بالنس ثم بالشجاعة ثم ولى الامر غير إن شاء أقرع بينهما وإن شاء رتبهما على رأيه واجتهاده (ومنها) إذا تنازع الامامة العظمى اثنان وتكافأ في صفات الترجيح قدم أحدهما بالقرعة قال القاضى هذا قياس المذهب كالآذان (ومنها) لو عقدت الامامة لاثنتين فى عقدين مترتين وجهل السابق منهما فقال القاضى يخرج على روايتين . أحدهما بطلان العقديهما . والثانية استعمال القرعة بناء على ما إذا زوج الوليان وجهل السابق منهما فانه على روايتين كذلك هنا انتهى . ولكن المشهور فى حكاية الرواية الأولى فى كتاب القاضى وأصحابه أنه يفسخ التكاحان وقياس هذا أنه يفسخ العقدان لأنهما يبطلان من غير فسخ (ومنها) اذا ولى الامام قاضيين فى بلد

(١) ما بين المريعين من النابلية وكذا فيما سأتى

علا واحداً وقتنا بصحة ذلك فاختلف الحصان فيمن يحتكمان إليه فالقول قول المدعي فان تساويا في الدعوى اعتبر أقرب الحاكمين اليهما فان استويا أقرع بينهما وقيل يمنعان من التضام حتى يتفان على أحدهما قال القاضي والأول أشبه بقولنا (ومنها) اذا هجم الخصوم على القاضي دفعة واحدة وتناحروا في التقدم وليس فيهم مسافر فانه يقدم أحدهم بالقرعة [وكذا اذا ادعى الحصان عنده معا فانه يقدم أحدهما بالقرعة] (ومنها) النزعة في القسمة اذا عدل القاسم السهام بالأجزاء ان تساوت وبالقيمة ان اختلفت وبالرد فيما يقتضى الرد فانه يقرع بين الشركاء وهو مخير ان شاء كتب اسم كل واحد منهم في رقعة ثم تخلط الرقاق ويخرج على كل اسم رقعة منها ، وان شاء كتب اسم كل سهم في رقعة ثم خلطها وأخرج واحدة واحدة كل منهما على اسم واحد من الشركاء فاذا تمت القرعة لزمت القسمة للشركاء. وفيه وجه لا يلزمه فيها فيه رد حتى يتراضيا به بعد القسمة لأنها بيع اذا دخلها الرد فيشترط لها التراضي (ومنها) اذا تداعى اثنان عينا يد ثالث فافر بها لأحدهما مبهما وقال لا أعلم عنه فانه يقرع بينهما فمن قرع فبى له ، وهل يحلف ؟ على وجهين ذكرهما أبو بكر. والمنصوص عن أحد أن عليه اليمين وعليه حل حديث أنى هريرة إذا أحب الرجلان اليمين أو كرهاها فليستهما عليه لكنه قال إذا كرها اليمين وخرجت القرعة لأحدهما فهي له بغير يمين ، ولا فرق بين أن يكون وديعة أو عارية أو رهنا أو بيعاً مردوداً بعبأ أو خيار أو غيرها نص عليه في المردود في رواية ابن منصور. وإن قال من هي في يده ليست لي ولا أعلم من هي فقها ثلاثة أوجه. أحدها يقترعان عليها كالأقرار بها لأحدهما بهما. والثاني يجعل عند أمين الحاكِم. والثالث تقر في يد من هي في يده والأول ظاهر كلام الامام احمد في رواية صالح وابى طالب وابى النضر وغيرهم. والوجهان الآخران مخرجان من مسألة من هي في يده شيء معترف بأنه ليس له ولا يعرف مالكة فادعاه معين فهل يدفع إليه أم لا وهل تقر يد من هو في يده أم ينتزعه الحاكِم فيه خلاف (ومنها) إذا تداعا اثنان عينا ليست في يد أحد [هما] فضيها وجهاً. أحدهما يقسم بينهما كالتى بأيدىهما. والثاني يقرع بينهما فيعطى لمن قرع كما لو كانت يد ثالث وهو ظاهر كلام أحد في رواية صالح في اثنين تداعيا كيساً ليست أيديهما عليه أنهما يستمان عليه فن خرج سهمه فهو له مع يمينه ولم يفرق بين أن يكون في يد غيرهما أولاً يكون في يد واحد منهما (ومنها) إذا تعارضت البيتان ففي المسئلة ثلاث روايات. إحداهن يسقطان بالتعارض ويصيران كمن لا بينة لهما الثانية يستعملان بقسمة العين بينهما بغير يمين. والثالثة يرجح أحدهما بالقرعة فمن قرع حلف وأخذ العين هكذا حكى القاضي في بعض كتبه هذه الرواية وتبعه عليها كثير من الأصحاب وأنكرها في كتاب المجرّد

والخلاف وقال إنما منها ان البيتين يسقطان بالتعارض وتصير العين في يد غيرهما المتداعيين فيقرع بينهما على ما تقدم وصرح أحمد بهذا المعنى في رواية حنبل فقال لو أقام البينة جميعا اسقطت البيتين جميعاً لأن كل واحدة منهما قد أكذبت صاحبها ويستهان على البين، وحكى ابن شهاب في عيون المسائل رواية أخرى أنه يوقف الأمر حتى يتبين أو يصطلح عليه، ولو كانت العين المتنازع فيها بيد أحدهما فلا تعارض بل تقدم بيته الخارج في أشهر الروايتين وفي الأخرى بيته الداخل، إلا أن يكون التنازع في سبب اليد بأن يدعى كل منهما أنه اشتراها من زيد أو إتيها منه ويقم بذلك بيته فيمروا بتان أحدهما له كنيته الداخل والخارج على ما سبق وهى المذهب عند القاضى والثانية تمارضان لأن سبب اليد هو نفس المتنازع فيه فلا تبقى مؤثرة لانهما اتفقا على أن ملك هذه الدار لزيد وعنه هو متلقى فلذلك لم يبق لليد تأثير لأنه قد علم مستنداه وهو الشراء الذى عورض به، وهذه الرواية اختيار أبى بكر وابن أبى موسى وصاحب المحرر. واختار أبو بكر هاهنا وابن أبى موسى أنه يرجح بالقرعة ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور في رجل باع ثوباً فجاء رجل فأقام البينة أنه اشتراه بمائة وأقام الآخر البينة أنه اشتراه بمائتين والبائع يقول بمئة بمائتين والثوب في يد البائع بعد. قال ليس قول البائع بشيء فيقرع بينهما فمن أصابته القرعة فهو له بالذى ادعى أنه اشتراه به. قلت: فإن كان الثوب في يد أحدهما ولا يدري أيهما اشتراه أول قال لا ينفعه ما في يده إذا كان مقرأ أنه اشتراه من فلان فلا ينفعه ما في يده، والعجب أن القاضى في المجرد حكى هذا النص عن أحمد وذكر أنه أجاب بقسمة الثوب بينهما نصفين ثم تأوله على أنه كان في أيديهما وأما أجاب أحد فيه بالقرعة كاذرناه وأما المجيب بالقسمة سفيان الثوري فإن اسحاق ابن منصور يذكر لأحد أولاً المسألة وجواب سفيان فيها فيجيبه أحمد عنها بعد ذلك بالموافقة أو بالمخالفة فرمى يشته جواب أحمد بجواب سفيان وقد وقع ذلك للقاضى كثيراً فلينبه لذلك وليراجع كلام أحمد من أصل مسألت ابن منصور، ووقع في الارشاد لابن أبى موسى في هذه المسألة كما وقع للقاضى فانه نقل عن أحمد أنه إذا كان الثوب في يد البائع فهو بينهما نصفين وان كان في يد أحدهما أقرع بينهما وهو وهم أيضاً. وذكر الشيخ تقي الدين أن مقتضى المذهب أنه إذا شهدت البيتان بالعقدين أو بالأقرارين أو الحكمين أن يصدق البيتان به ان علم السابق والا كان بمنزلة أن تشهد بيته واحدة بالعقدين ولا يعلم السابق منهما فنا ما ان يقرع أو يبطل العقدان فلا يبقى هنا عقد صحيح يحكم به فيقر في يد ذى اليد وتكون الدعوى حينئذ لمن اتقى عنه على صاحب اليد قال وقياس المذهب فيما إذا اشتبه أسبق عقدى البيع أن يقسما إلا إذا تميز موجب الفسخ من رد الثمن ونحوه فانه يقرع لأن من أصلا أنه إذا اشتبه المالك بغير المالك أو الملك بغير الملك

الملك فأنا يقرع فإذا أمكن فسخ العقد ورد كل مال إلى صاحبه فهو خير من حظر القرعة (ومنها) الإقراع في العتق وهو أشهر ماوردت فيه السنة بالإقراع فيه ويندرج تحته صور كثيرة (فمنها) إذا أعتق في مرضه عبيده أو دبرهم ولم يخرجوا من ثلثه فإنه يقرع بينهم فيعتق منهم بقدر الثلث نص عليه أحد في رواية جماعة قال القاضي ويكون العتق مراعى فإن مات ولم يجز الورثة تبين أن الحر منهم اثنان مثلاً وأن العتق كان واقفاً عليهما دون غيرهما ولكهما كائناً غير عيين وأذا تميزا وتعيينا بالقرعة كما يميز ويتمين الحقوق المشتركة في المقار وغيره بالإقراع في القسمة وغيرها ويستثنى من هذا صور لا لإقراع فيها ذكرها الأصحاب (أحدها) إذا كان عتق أحد العبدن مرتباً على الآخر بأن قال إن أعتقت سالماً ففانم حر فانه يعتق سالم وحده إذا عتقه ولا يقرع لأن القرعة قد تفضى إلى عتق غانم وحده فيلزمه منه ثبوت المشروط بدون شرطه (والثانية) إذا قال في مرضه اعتقوا سالماً إن خرج من الثلث والا فاعتقوا منه ما عتق وقال أيضاً اعتقوا غانماً إن خرج من الثلث والا فاعتقوا منه ما عتق قال الأصحاب يعتق من كل واحد نصفه مع تساوى قيمتهما لأنه لم يقصد بالوصية تكميل الحرية في كل واحد فلم يقرع كالأول قالوا نصف سالم ولا نصف غانم (والثالثة) إذا أعتق أمة حاملاً في مرض موته ولم يتسع الثلث لها ولحملها قالوا لا يجوز الإقراع لأن الحمل تبع لأمه وجزء منها فلا يجوز إفراجه بالعتق دونها والقرعة قد تفضى إلى ذلك ولا أن تفضى هي دون حملها إذا استوعبت قيمتها الثلث لأن الولد تبع لها وعتقه ملازم لعتقها فلا يمكن أن يعتق منها شيء ولا يعتق منه مثله فيعتن أن يعتق منها ومن حملها بالخصه وذهب على بن أبي موسى إلى أن الإقراع إنما يدخل حيث كان العتق لمبهم غير معين وتشاح العبيد فيه فأما إن كان لمعين فلا إقراع وكذا إن لم يشاح فيه العبيد وحكى عن أبي بكر في خلافه ما يوافق ذلك فعلى هذا إذا وصى بعتق عبيده ولم يجز الورثة اعتقوا منهم بمقدار الثلث فإن تشاح العبيد في العتق أقرع بينهم فعتق من وقع عليه سهم الحرية منهم وكذلك لو دبرهم ذكره ابن أبي موسى وذكره أبو بكر فيما إذا شهدت بينة على مريض أنه اعتق عبده هذا وشهدت أخرى أنه اعتق عبده هذا أنه يجب العتق لهما ويتخاص فيه العبدان قال أبو بكر لأن القرعة إنما تجب إذا كان أحدهما حراً والآخر عبداً يعني إذا كان العتق لواحد لا للجميع وهذا منقضى لما ذكره ابن أبي موسى في تدبيرهم كليم إلا أن نقول تدبيرهم يقع مرقواً مراً كعتقهم المنجز في مرضه فيعتق منهم من عدم الإجازة قدر الثلث وهو مبهم فيميز القرعة بخلاف ما إذا أعتق عبدين معينين وهو ضعيف فإنه لا فرق بين أن يكون العبيد جميع ماله أو نصفه تداً إذا لا بد من الرد إلى الثلث وقد نقل ابن منصور عن أحد فيمن قال في مرضه اعتقوا عني أحد عبيدي هذين أنه يعتق أحدهما

فان تشاحا في العتق يقرع بينهما وانما قال يعتق أحدهما ابتداء لأنه وصية فالواجب فيها ما يصدق عليه الاسم كما لو وصى بأحدهما لزيد (ومنها) لو أعتق أحد عبده فانه يبين بالقرعة ويخرج وجه آخر انه يعتقه بتعيينه من الرواية السابقة في الطلاق ولو أعتق عبدا من عبده ثم أنسيه أو جهله ابتداء كسئلة الطائر المشهورة فانه يخرج بالقرعة أيضا ويخرج وجه آخر انه لا يقرع هاهنا من الطلاق وأشار اليه بعض الاصحاب لكن قياس الرواية المذكورة في الطلاق انه يقرع فن خرجت له القرعة عتق ويستدام الملك في غيره إلا أنه لا يستباح وطىء شيء منه ان كان إماء ولو قال رجل ان كان هذا الطائر غراباً فعبدي حر وقال آخر ان لم يكن غراباً فعبدي حر وجعل أمره قائم بغير أن لا يعتق واحد من العبدین فان اشترى أحد المالكين عبد الآخر فبها وجهاً أحدهما يعتق ما اشتراه لأن استدانته لا استرقاق عبده اقراراً منه بان عبد صاحبه هو الذي عتق فإذا اشتراه نفذ اقراره على نفسه فعتق عليه. والثاني أنه يعتق أحدهما غير معين ثم يميز بالقرعة وهو أصح لأن تمسكه بعبده انما كان استصحاباً للأصل لا غير وأما الولاء فعلى الوجه الأول هو موقوف حتى يتصادق على أمره ففان كان عليه وعلى الثاني أن وقت الحرية على المشتري فكذلك وان وقعت على عبده فولاؤه له ويوجه ان يقال يقرع بينهما فمن قرع فالولاء له كما تقدم مثل ذلك في الولد الذي يدهبه أبوان وأولى لأن هاهنا انما عتق على واحد غير معين وهناك يمكن أن يكون الولد لهذا وكذلك يقال لو كان عبد بين شريكين موسرين فقال أحدهما ان كان الطائر غراباً فذهبي حر وقال الآخر ان لم يكن غراباً فنصبي حر فان العبد يعتق على أحدهما وهو غير معلوم فيميز بالقرعة ويكون له الولاء (ومنها) لو قال لأمتي أول ما تلدينه حر فولدت ولدين واشتبه أولهما خروجا فانه يميز بالقرعة نص عليه لأن العتق وقع على مدين وجهل ابتداء ولو قل أول غلام لي يهاج فمرو حر نطلع عبده كلهم أو قال لزوجاته ايكن طالع أولافى طالق نطلعن كلن فنص أحمد على انه يميز واحد من العبيد وامرأة من الزوجات بالقرعة في رواية وهنا اختلف الأصحاب في هذا النص فمنهم من حمله على ان اطلاعهم كان مرتباً واشكل السابق فيميز بالقرعة كسئلة الولادة ومنهم من أقر النص على ظاهره وانهم طلعوا دفعة واحدة وقال صفة الأولية شاملة لكل واحد منهم بانفراد المعتق انما أراد عتق واحد منهم فيميز بالقرعة وهي طريفة القاضى في خلافه ومن الأصحاب من قال يعتق ويطلق الجميع لأن الأولية صفة لكل واحد منهم ولغظه صالح لعدم لانه مفرد [مضاف] أو يقال الأولية صفة للمجموع لا للانفراد وهو الذى ذكره صاحب المفتى في الطلاق ومنهم من قال لا يطلق ولا يعتق شيء منهم لأن الاول لا يكون الانفراد لا تعدد فيه والفردية مشتبهة هنا وهو الذى ذكره القاضى وابن

عقيل في الطلاق والسامري وصاحب الكافي، ويخرج وجه آخر وهو أنه ان طلع بدم من عيده وزوجاته طلقن وعقن وإلا فلا بناء على أن الأول هو السابق لغيره فلا يكون أولاً حتى يأتي بعده غيره فيحقق له بذلك صيغة الأولية وهو وجه لنا ذكره ابن عقيل وغيره . وقريب من هذه المسئلة ما ذكره ابن أبي موسى في كتاب العتق فقال واختلف قوله في الرجل يقول لعبيده أياكم جاني بخير كذا فهو حر فأتى بذلك الخبر اثنان معاً أو أكثر على روايتين قال في أحدهما قد عتق واحد منهم فيقرع بينهم فن قرع صاحبه فقد عتق وقال في الأخرى فقد عتق جميعاً انتهى . فأما وجه هتقهما جميعاً فظاهر لأن أيا من صيغ العموم وأما وجه عتق أحدهما بالقرعة فهو أن المتبادر الى الافهام من هذا التعليق الخصوص وأنه إنما أريد به عتق واحد يجيء بالخبر فصير عموم هذا اللفظ عموم بدليله لا عموم شمول فلا يمتنع به أكثر من واحدة فإذا اجتمع اثنان على الايمان بالخبر اعتق أحدهما بالقرعة وليس هذا كما لو قال لزوجاته أيتكن خرجت فهي طالق فإذا خرجن جميعاً طلقن لأن الخروج بالنسبة الى الجميع سواء وأما الاخبار فالمقصود منه يحصل من أحد الخبرين فلا حاجة الى الآخر ، ولهذا قلنا على أحد الوجوه وهو قول القاضي انه لو قال لزوجاته من اخبرني منكن بكذا فهي طالق فآخبره منفرقات أنه لا يطلق منهن إلا الأولى لأن مقصوده من الاخبار وهو الاعلام حاصل بها . ولهذا لو قال من دخل دارى فله درهم فدخل جماعة فلكل واحد منهم درهم ولو قال من جاني فله درهم فجاء جماعة فلم درهم واحد بينهم ذكره القاضي في كتاب أحكام القرآن قال لأن الشرط وجد من الجماعة وجوداً واحداً بخلاف دخول الدار فإن كل واحد وجد منه دخول كامل ، ولو قال رجل من سبق فله كذا فسبق اثنان معاً فقيه وجهان . أحدهما السبق المذكور بينهما كما لو قال من رد ضالتي فله كذا فردها جماعة . والثاني لكل منهم سبق كامل لأنه سابق بانفراده ، وحاصل الأمر في هذا الباب أن المعلق عليه تارة يكون شيئاً واحداً لا تتمد فيه كرد الأبق ونحوه فلا يتعدد المشروط بعدد المحصلين له لأنهم اشتركوا في تحصيل شيء واحد فاشتركوا في استحقاق المرتب عليه وتارة يكون قابلاً للعدد وهو نوعان . أحدهما ما يكون التعدد فيه مقصوداً لدخول الدار ونحوه فيتعدد الاستحقاق على الصحيح كما اذا قال من دخل دارى فهو حر أو فله درهم أو فبى طالق وكذلك تجبى . ثلث اذا قال من جاني فله درهم لأن تعدد الاثنين مطلوب بخلاف ما ذكره القاضي . ومسألة السبق قد يقال هي من هذا النوع وقد يقال السبق إنما حصل من المجموع لا من كل فرد منهم أو كل فرد منهم ليس سابق للباقي بل هو سابق بان تأخر عنه وهو ما لم يجمع فانه نصف بالسبق هو المجدول لا كل فرد منهم فلذلك استحقوا

جملا واحدا وهذا اظهر . والنوع الثاني مالا يكون التعدد فيه مقصودا كالاتيان بالخبر فهل يشترك الاتون به في الاستعلاق أم يختص به واحد منهم ويميز بالقرعة فيه الخلاف الذي ذكره ابن ابي موسى . والنسب قلده صالح عن أحمد أنه يعتق الجميع ونقل حنبل أنه يعتق واحد منهم بالقرعة ، وحمل ابو بكر رواية صالح على أنه أراد الموم ورواية حنبل على أنه أراد واحدا غير معين وما ذكرنا أشبه . وعلى هذا يتخرج مسألة أول لكن يطلق على اذا قبل إن الأولية صفة لكل واحد من المجتمعين لأن هذا التعليق لم يقصده الا واحدا غير معين لم يرد به الجميع وأما إن قبل الأولية صفة للجميع وجه وقوع العتق والطلاق (ومنها) لو اشتباه عبده بعبده غيره قال القاضي قيس المذهب أنه يعتق عبده الذي يملكه عن واجب وغيره ثم يقرع بينهم فيخرج عبده بالقرعة ، ولو اشتباه زوجته بأجنب فطلقها فله اخراجها بالقرعة ونكاح البواقي على قياس ما ذكره الأصحاب فيمن أسلم على أكثر من أربع فطلق الجميع ثلاثا انه يخرج أربعاً بالقرعة ثم ينكح البواقي ، ولو اشتباهت اخته بأجنبيات فقال القاضي في خلافه لا يتمتع التميز بالقرعة كما لو زوج إحدى بناته برجل واشتباهت فيهن فانها تميز بالقرعة على المنصوص . وفي عهد الأدلة لابن عقيل لو اختلط عبده بأحرار لم يقرع ولو اختلط من اعتقه وله عتقه ومن لا يملك عتقه الا بإجازة جاز أن يقرع بينهما لأن القرعة لا تتم في أكد التحريم وتعمل في أيسرها .

فصل

وهذه فرائد ناهض بالواعد وهي فوائده مسائل مشتهرة فيها اختلاف في المذهب ، ينبنى على الاختلاف فيها فوائده متعددة

١ - (الأولى) فمن ذلك ما يدركه المسبوق في الصلاة هل هو آخر صلاته أو أولها وفي هذه المسئلة روايتان عن الامام أحمد . أحدهما ما يدركه آخر صلاته وما يقضيه أولها وهو ظاهر المذهب والثانية عكسها ولهذا الاختلاف فوائده (أحدها) محل الاستفتاح فعل الأولى يستفتح في أول ركعة يقضها إذ هي أول صلاته قلها حوب وفي شرح المذهب للقاضي لا يشرع الاستفتاح فيها لفوات محله وعلى الثانية يستفتح في أول ركعة يدركها لأنها أوله قلها ابن حزم (الفائدة الثانية) التيمم فعل الأولى يتيمم اذا قام للتيمم خاصة وعلى الثانية يتيمم في أول ركعة يدركها وهذا يدل على قولنا إن التيمم يختص بأول ركعة قائما على قولنا هو مشروع في كل ركعة قلنا هذه الفائدة ("مائدة الثالثة) هيئة القراءة في الجهر والاختفاء اذا فاتته الركعتان الأولى والثانية من المغرب أمر

البناء بهر في قضئهما من غير كراهة نص عليه في رواية الأثرم وإن لم ينهيا وكذا بصرفه سن له الجهر وهذا على الرواية الأولى وعلى الثانية لا جهر ما هنا (الفائدة الرابعة) مقدار القراءة وللصحاب في ذلك طريقان . أحدهما أنه إذا أدرك ركعتين من الرابعة فانه يقرأ في المقضيتين بالحد وسورة معها على كلا الروایتين . قال ابن أبي موسى لا يختلف قوله في ذلك وذكر بالتحليل أنه قوله استقر على ذلك وفي المتن هو قول الأئمة الأربعة لا نعلم عنهم فيه خلافاً . والطريق الثاني بناءه على الروایتين فإن قلنا ما يقضيه أول صلاته فكذلك والا اقتصر فيه على الفائدة وهي طريقة القاضي ومن بعده وذكره ابن أبي موسى مخرباً وقد نص عليه أحد في رواية الأثرم وأوماً إليه في رواية حرب وغيره وأنكر صاحب المحرر للطريقة الأولى وقال لا يتوجه إلا على رأى من رأى قراءة السورة في كل ركعة أو على رأى من رأى قراءة السورتين في الآخرتين إذا نسيهما في الأولتين . قلت وقد أشار أحد إلى ما حدثنا وهو الاحتياط للتردد فيهما وقراءة السورة سنة مؤكدة فيحتاج لها أكثر من الاستتاع والاستمالة ولو أدرك من الرابعة ركعة واحدة قلنا قلنا ما يقضيه أول صلاته قرأ في الأولتين من الثلاثة بالحد وسورة وفي الثالثة بالحد وحدها . ونقل عنه المحدثون يحتاج ويقرأ في الثلاث بالحد وسورة قال المحلل رجع عنها أحمد .

(الفائدة الخامسة) قنوت الوتر إذا أدركه المسبوق مع من يصلي الوتر بسلام واحد فانه يقع في محله ولا يبده أن قلنا ما يدركه آخر صلاته وإن قلنا أولها أعاده في آخر ركعة يقضيها .

(الفائدة السادسة) تكبيرات العبد الزوائد إذا أدرك المسبوق الركعة الثانية من العيد فإن قلنا هي أول صلاته كبر خمسا في المقضية وإلا كبر سبعا (الفائدة السابعة) إذا سبق ببعض تكبيرات صلاة الجنائزة فإن قلنا ما يدركه آخر صلاته تابع الأمام في الذكر الذي هو فيه ثم قرأ في أول تكبيرة يقضيها وإن قلنا ما يدركه أول صلاته قرأها بالفاتحة (الفائدة الثامنة) محل التشهد الأول في حق من أدرك من المغرب أو الرابعة ركعة وفي المستقر روايتان . أحدهما ينشد عقيب قضاء ركعة . والثانية عقيب ركعتين قلها حرب . والأولى اختيار ابن بكر والقاضي وذكر المحلل أن الرويات استقرت عليها ، واختلاف في بناء الروایتين فقبل على الروایتين في أصل المسئلة أن قلنا ما يقضيه أول صلاته لم يجلس إلا عقيب ركعتين وإن قلنا هو آخرها تشهد عقيب ركعة لأنها ثانيته وهذه طريقة ابن عقيل في فضوله وأوماً إليها أحد في رواية حرب . وقيل إن الروایتين على قولنا ما يدركه آخر صلاته وهي طريقة صاحب المحرر وغيره ونص أحمد على ذلك صريحاً في رواية عبد الله والبراق مفرقا بين القراءة والتشهد وعلى رواية عبد الله بأنه

احتاط بالجمع من مذهب ابن مسعود في الجلوس عقيب ركعة وهو مذهب ابن عمر في القراءة في الركعتين وقد صح عن ابن مسعود أنه يجلس عقيب ركعة مع قوله أن ما أدركه مع الإمام آخر صلاته نقله عنه أحمد . وزعم صاحب المغني أن الكل جائز ويرده ما نقله منها عن أحمد أنه إذا جلس عقيب ركعتين سجد للسجدة فجمعه كتارك التشهد الأول ، وما يحسن تخريجه على هذا الخلاف ولم نجد من نقلوا تطويل الركعة الأولى على الثانية وترتيب السورتين في الركعتين فأما رفع اليدين إذا قام من التشهد الأول إذا قلنا باستحبابه فيحتمل أن يرفع إذا قام إلى الركعة المحكوم بأنها ثالثة سواء قام عن تشهد أو غيره ويحتمل أن يرفع إذا قام من تشهده الأول المعتد به سواء كان عقيب الثانية

أو لم يكن لأنه محل هذا الرفع هو القيام من هذا التشهد فيتبعه حيث كان وهذا أظهر والله أعلم

٢- (الثانية) الزكاة هل تجب في عين النصاب أو ذمة مالكه . اختلف الأصحاب في ذلك على طرق . (أحداها) أن الزكاة تجب في العين رواية واحدة وهي طريقة ابن أبي موسى والقاضي في المجرى (والثانية) أن الزكاة تجب في الذمة رواية واحدة وهي طريقة ابن الخطاب في الاتصار وصاحب التلخيص تابعة للخرق (والثالثة) أنها تجب في الذمة وتتعلق بالنصاب وقع ذلك في كلام القاضي وأبي الخطاب وغيرهما وهي طريقة الشيخ تقي الدين (والرابعة) أن في المسئلة روايتين . أحدهما تجب في العين والثانية في الذمة وهي طريقة كثير من الأصحاب المتأخرين وفي كلام ابن بكر في الشافعي ما يدل على هذه الطريقة ولكن آخر كلامه يشعر بتنزيل القولين على اختلاف حالين وهما يسار المالك وأعصاره فإن كان موسرا وجبت الزكاة في ذمته وإن كان معسرا وجبت في عين ماله وهو غريب وللأختلاف في محل التعلق هل هو العين أو الذمة فوائد كثيرة (الأولى) إذا ملك نصابا واحدا ولم يؤد زكاته أحوالا فإن قلنا الزكاة في العين وجبت زكاة الحول الأول دون ما بعده ونص عليه أحمد واختاره أكثر الأصحاب لأن قدر الزكاة زال الملك فيه على قول وعلى آخر ضعف الملك فيه لاستحقاق مملكته والمستحق في حكم المؤدى فصار كالمندور سواء فإن المندور يجوز عندنا إبداله بمثله وهذا كذلك وإن قلنا الزكاة في الذمة وجبت لكل حول إلا إذا قلنا أن دين الله عز وجل يمنع الزكاة وقال السامري يتكرر زكاته لكل حول على القولين وتأول كلام أحمد بتأويل فاسد وهذا فيما كانت زكاته من جنسه فاما إن كانت من غير جنسه كالأبل المزكاة بالغنم تكررت لكل حول على كلا القولين نص عليه معللا بأنه لم يستحق اخراج جزء منه فيبقى الملك فيه تاما وهذا ما ذكره الخلال وابن أبي موسى والقاضي والاكثرون وذكر الشيرازي في المبعج أنه كالأول لا يجب سوى زكاة واحدة ومتى استأصلت الزكاة المال سقطت بعد ذلك صريح به في التلخيص ونص أحمد في رواية منها على

وجوبها في الدين بعد استغراقه بالزكاة، فاما ان يحمل ذلك على القول بالوجوب في الذمة واما ان يفرق بين الدين والعين بان الدين وصف حكمي لا وجود له في الخارج فتعلق زكاته بالذمة رواية واحدة ولكن نفي احمد في رواية غير واحدة على التسوية بين الدين والعين في امتناع الزكاة فيها بعد الحول الاول، وصرح بذلك ابو بكر وغيره « تنبيه » تعلق الزكاة بالعين مانع من وجوب الزكاة في الحول الثاني وما بعده وهل هو مانع من انعقاد الحول الثاني ابتداء فيه وجهان. أحدهما انه مانع منه لقصور الملك فهو كدين الادنى وأولى لتعلقه بالعين وهو قول القاضي في شرح المذهب وصاحب المغني، والثاني أنه غير مانع من الانعقاد وهو قول القاضي في المجرى وابن عقيل ونقل صاحب المحرر الاتفاق عليه وهو ظاهر ما ذكره الخلال في الجامع وورد عن احمد من رواية حنبل ما يشهد له فلو اخرج الزكاة الاولى من غير النصاب في اثناء الحول الثاني بنى الحول الثاني على الأول من غير فصل بينهما على هذا وعلى الأول يستأنفه من حين الاخراج وينبئ على هذين الوجهين مسألة معروفة في باب الخلطة والله اعلم (الفائدة الثانية) اذا تلف النصاب أو بعضه قبل التحكك من اداء الزكاة وبعد تمام الحول فالمذهب المشهور ان الزكاة لا تسقط بذلك الا زكاة الزروع والثمار اذا تلفت بجماعة قبل التقطع فيسقط زكاتها اتفاقا لا تنافا، يمكن من الانتفاع بها وخرج ابن عقيل وجها بوجوب زكاتها ايضا وهو ضعيف مخالف للاجماع. وعن احمد رواية ثانية بالسقوط فنهى من قال هي عامة في جميع الاموال ومنهم من خصها بالمال الباطن دون الظاهر ومنهم من عكس ذلك ومنهم من خصها بالمواشي. واختلفوا في ما أخذ الخلاف على طريقين. أحدهما أنه البناء على الخلاف في محل الزكاة فان قيل هو الذمة لم يسقط والا سقطت وهو طريق الحلواني في التنصرة والسامري وقيل إنه ظاهر كلام الخرقى وفي كلام أحمد إجماع اليه أيضا. والطريق الثاني عدم البناء على ذلك وهو طريق القاضي والأكثرين فوجه استقرار الوجوب مطلقا انما إن قلنا التعلق بالذمة فظاهر وان قلنا بالعين فلائذ وجوبها كان شكرا لثمة ثم سببها وهو النصاب الباقي النامي وشرطها وهو الحول فاستقر وجوبها بتمام الانتفاع بهذا المال حولا كالأجرة المعينة المستقرة باقتضاء مدة الاجارة وأيضا فمنهم من قال تعلقها بالعين ولا يبقى تعلقها بالذمة فهي كدين الرهن ووجه السقوط مطلقا أنا ان قلنا تعلقها بالعين فواضح كالأمانات والعبد الجاني وان قلنا بالذمة فالوجوب انما يستقر فيها بالتحكك من الفعل كالمصلحة على رواية، يوضحه أن الزكاة وجبت مساواة للفقراء من المال فيسقط بتلفه وقرصانه واختار السقوط مطلقا صاحب المغني (الفائدة الثالثة) اذا مات من عليه زكاة ودين وضاعت التركة عنها

فالمستوص عن أحدهما يتحاصن نقله عنه أحد بن القاسم وحرب ويعقوب بن بختان . واختلف الأصحاب في ذلك ففهم من أقر النص على ظاهره وأجرى المحاصة على كلا القولين في محل الزكاة لانا إن قلنا هو الذمة فقد تساوبا في محل التعلق وفي أن كلا منهما حقاً لأدمي وتمتاز الزكاة بأنها من حق الله عز وجل وإن قلنا العين فدين الأدمي يتعلق بعد موته بالتركة أيضاً فيتساويان وهذه طريقة ابي الخطاب وصاحب المحرر، ومنهم من حل النص بالمحاصة على القول بتعلق الزكاة بالذمة لاستوائها في محل التعلق فأما على القول بتعلقها بالنصاب فتقدم الزكاة لتعلقها بالعين كدين الرهن وهذه طريقة القاضي في المجرى والسامري. وفي كلام أحد إيماء إليها ومن الأصحاب من وافق على هذا البناء لكن بشرط أن يكون النصاب موجوداً إذ لا تعلق بالعين إلا مع وجوده فأما مع تلفه فالزكاة في الذمة فيساوي دين الأدمي وهذا تخريج في المجرى مع أن صاحبه ذكر في شرح الهداية أن النصاب متى كان موجوداً قدمت الزكاة سواء قلنا يتعلق بالعين أو بالذمة لا تعلق بسبب المال يرداد بزيادته وينقص بنقصه ويختلف باختلاف صفاته والزكاة من قبل مومن المال وحقوقه ونوائبه فيقدم كذلك على سائر الديون ، وحل نص أحد بالمحاصة على حالة عدم النصاب . فأما ان كان المالك حياً وافلس فظاهر كلام أحد في رواية ابن القاسم انه يقدم الدين على الزكاة لأن تأخر اخراج الزكاة سائق للدر وهو محتاج هاهنا الى اسقاط مطالبة الأدمي له وملازمته وحجبه فيكون عذراً له في التأخر بخلاف ما بعد الموت فانه لو قدم دين الأدمي لفاتت الزكاة بالكلية وظاهر كلام القاضي والا كثرين أنه تقدم الزكاة حتى في حالة الحجر وهذا قد يتنزل على القول بالوجوب في الدين إلا أن صاحب شرح الهداية صرح بتقديمها على كلا القولين مع بقاء النصاب كقوله فيما بعد الموت على ما سبق (الفائدة الرابعة) اذا كان النصاب مرهوناً ووجبت فيه الزكاة فهل تؤدي زكاته منها هاهنا حالان . إحداهما أن لا يكون له مال غيره يؤدي منه الزكاة فتؤدي الزكاة من عينه صرح به الخريفي والأصحاب وله مأخذان . أحدهما أن الزكاة ينحصر تعلقها بالعين ودين الرهن يتعلق بالذمة والعير فيقدم عند التزام ما اختص تعلقه بالعين كما يقدم حق الجاني على المرتهن اذا لحق المنحصر في العين بفوت بغواتها بخلاف المتعلق بالذمة مع العين فانه يستوفى من الذمة عند فوات العين وهذا مأخذ القاضي وفيه ضعف فان الزكاة عندنا لا تسقط بتلف النصاب مطلقاً بل تتعلق بالذمة حينئذ فهي اذا كدين الرهن ، والاظهر في هذا ان يقال تماق الزكاة قهري وتعلق الرهن اختياري والقهري اقوى كالجناية أو يقال هو تعلق بسبب المال وتعلق الرهن بسبب خارجي والتعلق بسبب المال يقدم كجناية العبد المرهون على هذا المأخذ متى قيل يتماق الزكاة بالذمة خاصة لم يقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين

وصرح به بعض المتأخرين و لما أخذ الثاني ان النصاب سبب دين الزكاة يقدم دينها عند مواجحة غيره من الديون في النصاب كما يقدم من وجد عين ماله عند رجل اقلس وهذا مأخذ صاحب التلخيص وعلى هذا فلا يفرق الحال بين قولنا تتعلق الزكاة بالذمة او بالعين . الحالة الثانية ان يكون للمالك مال يؤدي منه الزكاة غير الرهن فليس له اداء الزكاة منه بدون اذن المرتهن على المذهب وذكره الخرق ايضا لان تعلق حق المرتهن مانع من تصرف الراهن في الرهن بدون اذن والزكاة لا يتعين إخراجها منه وذكر السامري انه متى قلنا الزكاة تتعلق بالعين فله اخراجها منه ايضا لانه تعلق قهرى وينحصر في العين فهو كحق الجناية (الفائدة الخامسة) التصرف في النصاب أو بعضه بعد الحول بيع او غيره والمذهب محتم ونص عليه احمد قال الاصحاب وسواء قلنا الزكاة في العين أو في الذمة وذكر ابو بكر في الشافى انا ان قلنا الزكاة في الذمة صح التصرف مطلقا وان قلنا في العين لم يصح التصرف في مقدار الزكاة وهذا متوجه على قولنا ان تعلق الزكاة تعلق شركة او رهن صرح به بعض المتأخرين وترك ابو بكر على هذا الاختلاف الروايتين المصوحتين عن احمد في المرأة اذا وهبت زوجها مهرها الذي لها فذمته فل تجب زكاته عليه أو عليها قلنا من صحته المهر بجميعه فلي المرأة اخراج زكاته من مالها وان صحنا الهبة فيما عدا مقدار الزكاة كان قدر الزكاة حقا للمساكين في ذمة الزوج فليزومه اذ اوزه اليهم ويسقط عنه بالهبة ما عداه وهذا بنا مغريب جداً . وعلى المذهب فلو باع النصاب كله تعلقت الزكاة ببعته حيثنذ بغير خلاف كما لو تلف فان حجز عن أدائها فطريقان . أحدهما ما قاله صاحب شرح الهداية ان قلنا الزكاة في الذمة ابتداء لم يفسخ البيع كالمو جب عليه دين لأدمى وهو مو سر فباعه بئاعه ثم أعسر وان قلنا في العين ففسخ العقد في قدرها تقدىما لحق المساكين لسبقه . والثاني ما قاله صاحب المغنى انها تنهين في ذمته كسائر الديون بكل حال ثم ذكر احتمالا بالفسخ في مقدار الزكاة غير بنا . على محل التعلق (الفائدة السادسة) لو كان النصاب غائبا عن مالكه لا يقدر على الاخراج منه لم يلزمه اخراج زكاته حتى يتمكن من الاداء منه نص عليه أحد في رواية منها وصرح به الشيخ محمد الدين في موضع من شرح الهداية لان الزكاة مواساة فلا يارم اداؤها قبل التمكن من الاتفاق بالمال المراسى منه ، ونص احمد في رواية ابن تواب فيمن وجب عليه زكاة مال فأقرضه انه لا يلزمه آداء زكاته حتى يقبضه لأن هوده رجوع بخلاف التالف بعد الحول وهذا لهله يرجع الى اداء الزكاة لا يجب على الفور . وقال القاضي وابن عقيل يلزمه آداء زكاته قبل قبضه لأنه في يده حكما ولهذا يتلف من ضمانه بخلاف الدين الذي في ذمة غيرهه وكذلك ذكر صاحب شرح الهداية في موضع آخر وأشار في موضع

الى بناء ذلك على محل الزكاة فان قلنا النعمة لزمه الاخراج عنه من غيره لان زكاته لا تسقط بتلفه بخلاف الدين وان قلنا العين لم يلزمه الاخراج حتى يتمكن من قبضه والصحيح الاول ووجوب الزكاة عن النائب اذا تلف قبل قبضه . مخالف لكلام احمد (الفائدة السابعة) اذا اخرج رب المال زكاة حقه من مال المضاربة منه فهل يحسب ما اخرج من رأس المال ونصيبه من الربح أم من نصيبه من الربح خاصة على وجهين معروفين بناهما بعض الأصحاب على الخلاف في محل التعلق فان قلنا الذمة فهي محسوبة من الأصل والربح كقضاء الديون وان قلنا العين حسبت من الربح كالمؤونة لان الزكاة إنما تجب في المال النامي فيحسب من نمائه ، ويمكن أن ينبى على هذا الأصل ايصال الوجهان في جواز اخراج المضارب زكاة حصته من مال المضاربة فان قلنا الزكاة تتعلق بالدين فله الاخراج منه والا فلا وفي كلام بعضهم ايماء الى ذلك واما حق رب المال فليس للمضارب تركيته بدون اذنه نص عليه في رواية المروذي اللهم الا ان يصير المضارب شريكا فيكون حكمه حكم سائر الخلق والله اعلم .

٣- [الثالثة] المستفاد بعد النصاب في اثناء الحول ، هل يضم الى النصاب او يفرد عنه ؟ اذا استفاد ما لا يزكيا من جنس النصاب في اثناء حوله فانه يفرد بحول عندنا . ولكن هل نضمه الى النصاب في العدد او نخلط به ويزكي زكاة خاطئة او يفرده بالزكاة كما افرده بالحول فيه ثلاثة اوجه (أحدها) أنه يفرده بالزكاة كما يفرده بالحول وهذا الوجه يختص بما اذا كان المستفاد نصابا او دون نصاب ولا يعتبر فرض النصاب أما ان كان دون نصاب وتغير فرض النصاب لم يتأت فيه هذا الوجه صرح به صاحب الهداية لانه يضموم الى النصاب في العدد فيلزمه حينئذ جعل ما ليس بوقص في المال وقصا وهو يتمتع ويختص هذا الوجه أيضا بالحول الاول دون ما بعده لان ما بعد الحول الاول يتمتع مع النصاب في الحول كله بخلاف الحول الاول صرح بذلك غير واحد وكلام بعضهم يشعر بطارده في كل الاحوال وصرح القاضي ابو يعلى الصغير بحكاية ذلك وجها . والوجه الثاني أنه يزكى زكاة خلطة وجميعها صاحب شرح الهداية كما لو اخلط نفسان في اثناء حول وقد ثبت لاحدهما حكم الانفراد فيه دون صاحبه وزعم أن صاحب المغنى ضعفه فيه وانما ضعف الاول . والوجه الثالث أنه يضم الى النصاب فيزكى زكاة ضم وعلى هذا فهل الزيادة كنصاب منفرد أم الكل نصاب واحد على وجهين . أحدهما أنها كنصاب منفرد ولولا ذلك لزكى النصاب عقيب تمام حوله بحصته من فرض المجموع ولم يزك زكاة افراد وهذا قول ابى الخطاب في انتصاره وصاحب المحرر . والثاني أنه نصاب واحد وهو ظاهر كلام القاضي وابن عقيل وصاحب المغنى

وهو الأظهر وإما زكاة النصاب زكاة أفراد لا أفراد في أول حوله الأول بخلاف الحول الثاني وما بعده فعل هذا إذا تم حول المستفاد وجب اخراج بقية المجموع بكل حال لأنه بكمال حوله يتم حول الجميع . فيجب تمتة زكاته ولا يكون ذلك عن المستفاد بخصوصه ، وعلى الأول إذا تم حول المستفاد وجب فيه ما بقى من فرض الجميع بعد إسقاط ما أخرج عن الأول منه إلا أن يزيد بقية الفرض على فرض المستفاد بانفراده أو نقص عنه أو يكون من غير جنس فرض الأول فانه يتعذر هاهنا وجه الضم ويتمن وجه الخلطة ويلغو وجه الانفراد أيضا على ما سبق وبهذا كله صرح صاحب شرح الهداية وبناء على أن المخرج عن المستفاد بخصوصيته . ويظهر فائدة اختلاف هذين الوجهين في أنواع ثلاثة (النوع الأول) أن يكون تمتة فرض زكاة الجميع أكثر من فرض المستفاد لخصوصية مثل أن يملك خمسين من البقر ثم ثلاثين بعدها فإذا تم حول الأولى فعليه مسنة فإذا تم حول الثانية فعليه مسنة أخرى على الوجه الثاني وهو الأظهر وعلى الأول يتمتع الضم هنا ثلاثا ويؤول إلى إيجاب مسنة عن ثلاثين ويجب إما تباع على وجه الانفراد أو ثلاثة أرباع مسنة على وجه الخلطة . (النوع الثاني) أن تكون تمتة الواجب دون فرض المستفاد بانفراده مثل أن يملك ستا وسبعين من الإبل ثم ستا وأربعين بعدها فإذا تم حول الأولى فعليه ابتاليون فإذا تم حول الثانية فعلى الوجه الثاني يلزم تمام فرض المجموع وهو بنت لبون وعلى الأول يمنع ذلك لأن فرضه على الانفراد حقة فيزى ما على الخلطة أو الانفراد . وهذا بعيد فان وجه الضم إذا اعتبر مع كون المستفاد بصير وقصا عضاضه إلى النصاب إن كان فيه زكاة بانفراده وكيف لا يعتبر إذا كان فرضه دون فرضه بانفراده .

(النوع الثالث) أن يكون فرض النصاب الأول المخرج عند تمام حوله من غير جنس فرض المجموع أو نوعه مثل أن يملك عشرين من الإبل ثم خمسا بعدها فعلى الوجه الأول يتمتع الضم هاهنا لتعذر طرح المخرج عن الأول من واجب الكل وعلى الثاني وهو الأظهر يجب اخراج تمتة الزكاة وإن كان من غير الجنس لضرورة اختلاف الحولين لاسيما ونحن على أحد الوجهين نجبر بتشقيص الفرض لغير ضرورة كاخراج نصفى شاة عن أربعين أو حقتين وبنت لبون ونصفا عن مائتين من الإبل فهاهنا أولى . وعلى هذا فقد يتفق وجه الخلطة ووجه الضم على هذا التقدير حيث لم تكن زكاة الخلطة مفضية إلى زيادة الفرض أو نقصه ، وقد يختلف أن حيث أدى الاتفاق إلى أن لا ينوب وبسبب ذلك أن هذا النوع على ضربين . أحدهما أن لا يكون في واحد منهما أعنى النصاب والمستفاد وقص ولا حدث عن اجتماعهما وقص فيزى كما تقدم وهو أن يأخذ فرضي الجميع فيخرج عند تمام حول المستفاد حصته منه ويتفق منها وجه الضم والخلطة فيوجب على الوجهين فيما إذا كان المستفاد خمسا من الإبل

بـد عشرين خمس بنت مخاض وهو مقارب لشاة فإن الفارغ أوجب أربع شياه في عشرين وبنت مخاض في خمس وعشرين فتكون مقدرة في خمس شياه وكذا لو استفاد عشرة من البقر بعد ثلاثين فإنه يجب للزيادة ريع مسنة لأن التيسع مقابل لثلاثة أرباع مسنة والمسته تدل تيمما وثلاثا أبدا . (الضرب الثاني) أن يكون في المال وقص أما حالة اجتماعه أو حالة انفراده فقط فيختلف ما هنا وجه الضم والخلطة فانا على وجه الضم يجمع من المصاب الأول ما تعلق به الفرض منه ويضم إليه تمة نصاب المجموع من الباقي ثم يأخذ من فرض المجموع حصة هذه التمة وهي بقية ما يتعلق به الفرض من مجموع المال ويحمل الباقي من المال إن بقي منه شيء كالمنوم، فثالث ذلك والقص موجود حالة الاجتماع لو ملك عشرين من الابل ثم تسعاً منها فإذا تم حول الثانية ضمنت الى العشرين الأولى خمسا تكن خمسة وعشرين فرضها بنت مخاض وقد أخرجنا عن العشرين أربع شياه فيخرج عن الباقي خمس بنت مخاض ، وعلى وجه الخلطة يخرج عنها تسعة اجزاء من أصل تسعة وعشرين جزءاً من بنت مخاض ومثال الوقص موجود حالة الانفراد فقط لو ملك أربعة عشر من الابل ثم أحد عشر بعدها فإذا تم حول الأولى فضليه شاتان فإذا تم حول الثانية ضمها الى عشرة من الابل تمة النصاب وهي عشر فاجبنا فيها ثلاثة أخماس بنت مخاض لأن فيها جميعاً وقصاً لم يؤد عنه والمال عند الاجتماع لا وقص فيه فيجب تادية زكاته كله فإذا كان قد أخرج عن بعضه وجب الاخراج من جميع ما لم يخرج عنه منه وعلى وجه الخلطة يجب في الزيادة وحدها خمساً من بنت مخاض وخمس خمس بنت مخاض فإذا تعدر هذا للاستفاد لا يخلو من أربعة أقسام . (الأول) أن يكون نصاباً معتبراً للفرض مثل أن يملك أربعين شاة ثم إحدى وثمانين بعدها ففي الأربعين شاة عند حولها فإذا تم حول الثانية فوجهان أحدهما فيها شاة أيضاً وهو يخرج على وجهي الضم والانفراد . والثاني فيها شاة واحد وأربعون جزءاً من أصل مائة وأحد وعشرين جزءاً من شاة وهو وجه الخلطة لأن ذلك حصة المستفاد من الثمانين الواجبين في الجميع . وذكر القاضي وابن عقيل وجهاً أن وجه الخلطة هنا كوجه الانفراد يجب فيه شاة أيضاً ثلاث يفضى إلى إيجاب زيادة على فرض الجميع . وهو مردود بأنهم أوجبوا بالخلطة زيادة على فرض الجميع في غير هذا الموضع (القسم الثاني) أن تكون الزيادة نصاباً لا يغير الفرض كن ملك أربعين شاة ثم أربعين بعدها ففي الأول إذا تم حولها شاة فلذا تم حول الثانية ثلاثة أوجه . أحدها لا شيء فيها وهو وجه الضم لأن الزيادة بالضم تصير وقصاً . والثاني فيها شاة وهو وجه الانفراد . والثالث فيها نصف شاة وهو وجه الخلطة (القسم الثالث) أن تكون الزيادة لا تبلغ نصاباً ولا تغير الفرض كن ملك أربعين من الغنم ثم مائة بعدها عشرين ففي الأول

إذا تم حولها شاة فاذا تم حول الثانية فوجهان . أحدهما لا شيء فيها وهو متوجه على وجهي الضم والانفراد . والثاني فيها ثلث شاة وهو وجه الخلطة (القسم الرابع) أن لا تبلغ الزيادة قصاباً وتغير الفرض كن ملك ثلاثين من البقر ثم عشرأ بعدها فاذا تم حول الأولى ففيها تسع فاذا تم حول الزيادة فقال الأصحاب يجب فيها ربع مسنة ولم يذكروافيها خلافاً ، ومنهم من صرح بنفي الخلاف . كما صاحب المحرر وعلل بأن وجه الانفراد متعلل لما سبق وكذا وجه الضم لأنه يفضى على أصله إلى استثناء شيء وطرحه من غير جنسه وهو طرح التبيع من المسنة وهو متعذر فتعين وجه الخلطة وأما صاحب الكافي فظاهر كلامه أن هذا متمش على وجه الضم أيضاً بناء على أصله الذي تقدم من أنه الكل نصاب واحد وفرضه مسنة وقد أخرج تبعاً وهو يعدل ثلاثة أرباع مسنة فيجب إخراج بقية فرض المال وهو هنا ربع مسنة لأن التبيع يعدل ثلاثة أرباع المسنة كما سبق تقريره فتبيع وربع مسنة يعدل المسنة كاملة

ع — [الرابعة] الملك في مدة الخيار هل يتقل إلى المشتري أم لا في هذه مسألة روايتان عن الإمام أحمد أشهرهما انتقال الملك إلى المشتري بمجرد العقد وهي المذهب الذي عليه الأصحاب (والثانية) لا يتقل حتى ينقضي الخيار فعلى هذه يكون الملك للبائع ومن الأصحاب من حتى أن الملك يخرج عن البائع ولا يدخل إلى المشتري وهو ضعيف وللروايتين فوائد عديدة (منها) وجوب الزكاة فاذا باع نصاباً من الماشية بشرط الخيار حولاً فزكاته على المشتري على المذهب سواء فسخ العقد أو أمضى وعلى الرواية الثانية الزكاة على البائع إذا قيل الملك باق له (ومنها) لو باعه عبداً بشرط الخيار وأهل هلال الفطر وهو في مدة الخيار فالفطرة على المشتري على المذهب وعلى البائع على الثانية (ومنها) لو كسب المبيع في مدة الخيار كسباً أو نماناً منفصلاً فهو للمشتري فسخ العقد أو أمضى وعلى الثانية هو للبائع (ومنها) مؤونة الحيوان والعبد المشتري بشرط الخيار يجب على المشتري على المذهب وعلى البائع على الثانية (ومنها) اذا تلف المبيع في مدة الخيار فإن كان بعد القبض أو لم يكن منها فهو من مال المشتري على المذهب وعلى الثانية من مال البائع (ومنها) لو تعيب المبيع في مدة الخيار فعلى المذهب لا يرد بذلك إلا أن يكون غير مضمون على المشتري لا انتفاء القبض وعلى الثانية له الرد بكل حال (ومنها) تصرف المشتري في مدة الخيار فلا يجوز إلا بما يحصل به تجرته إلا أن يكون الخيار له وحده ~~ك~~كذا ذكر الأصحاب والمنصوص عن أحد في رواية أبي طالب أن له التصرف فيه بالاستقلال وفرق بينه وبين وطء الأمة المشتراة بشرط من وجهين أحدهما أن ذلك فرج فيحتاج له . والثاني أن ذلك شرط وهذا خيار وهذا يدل على جواز تصرفه بما لا يمنع البائع

من الرجوع كالاستخدام والاجارة وانما يمنع من اخراجه من ملكه أو تعريضه للخروج بالرهن والتدبير والكتابة ونحوها هذا كله على المذهب ، وعلى الرواية الثانية يجوز التصرف للبائع وحده لأنه مالك ويملك الفسخ فان الخيار وقع لغرض الفسخ دون الامضاء فأما حكم نفوذ التصرف وعنده فالمشهور في المذهب أنه لا ينفذ بحال الا بالعق وقل منها وغيره عن أحمد أنه موقوف على انقضاء مدة الخيار هذا إذا كان الخيار لهما فان كان للبائع وحده فكذلك في تصرف المشتري .

الروایتين وحكى ابن أبي موسى رواية أخرى أنه ان أجازة البائع صح والتمن له وان رده بطل البيع وعلى المشتري استرداده فان تعذر فعليه قيمته وان سرق أو هلك فهو من ضمان المشتري لحمل السامري هذه الرواية على أن الملك لم ينتقل الى المشتري وآخرها يطل ذلك . والصحيح أنها رواية بطلان التصرف من أصلها لكنها مفرقة أن الفسخ بالخيار رفع للعقد من أصله فيتين به أن الملك كان البائع وعلى أن تصرف الفضولي موقوف على اجازة المالك وان كان الخيار للمشتري وحده صح تصرفه ذكره أبو بكر والقاضي وغيرهما لانقطاع حق البائع هاهنا وظاهر كلام أحمد في رواية حرب أنه لا ينفذ حتى يتقدمه امضاء العقد وهو ظاهر كلام ابن أبي موسى أيضاً لقصور الملك فلو تصرف المشتري مع البائع والخيار لهما صح ذكره صاحب المغني والمحرم ، وفي المجرد للقاضي احتمالان هذا كله تبرع على المذهب وهو انتقال الملك الى المشتري ، فاما على الرواية الأخرى فان كان الخيار لهما والبائع وحده صح تصرف البائع مطلقاً لأن الملك له وهو بتصرفه مختار للفسخ بخلاف تصرف المشتري فانه يختار به الامضاء وحق الفسخ يقدم عليه (ومنها) الوطء في مدة الخيار فان وطئ المشتري فلا شيء عليه لأن الملك له وان وطئ البائع فان كان جاهلاً بالتحريم فلا حد عليه وان كان عالماً بالمنصوص عن أحمد في رواية منها أنه يجب عليه الحد وهو اختيار أبي بكر وابن حامد والقاضي والاكثرين لأنه وطئ لم يصادف ملكاً ولا شبهة ملك وهو محرم بالاجماع فوجب به الحد كوطء المرتين ومن الأصحاب من قيد ذلك بأن يعلم أن الملك لا يفسخ بوطئه اما ان اعتقد أنه يفسخ بوطئه فلا حد لأن تمام الوطء وقع في ملك فتمكنت الشبهة فيه . ومن الأصحاب من حكى رواية ثانية بعدم الحد مطلقاً ومال الى ذلك ابن عقيل وصاحب المغني والمحرم لوقوع الاختلاف في حصول الملك له وفي انفساخ العقد بوطئه بل وبمقدمات وطئه فيكون الوطء حيثئذ في ملك تام وأما على الرواية الثانية فلا حد على البائع وعلى المشتري الخلاف (ومنها) ترتب موجبات الملك من الانتاق بالرحم أو بالعلق وانفساخ النكاح ونحوها فتثبت في البيع بشرط الخيار عقيب العقد على المذهب . وعلى الثانية لا يثبت إلا بعد

انقضائه ، ولو حلف لا يبيع فباع بشرط الخيار خرج على الخلاف أيضاً ذكره القاضى وأنكر الشيخ
 محمد بن زيد ذلك وقال بحثه على الروايتين . فلما أخذ بالشفعة فلا يثبت في مدة الخيار على الروايتين عند
 أكثر الأصحاب ونص عليه أحمد في رواية حنبل فمن الأصحاب من علل بأن الملك لم يستقر
 بعد ومنهم من علل بأن الأخذ بالشفعة يسقط حق البائع من الخيار فلذلك لم تجز المطالبة بها
 في مدته وهو تعليل القاضى في خلافه فعلى هذا لو كان الخيار للمشتري وحده لثبتت الشفعة
 وذكر أبو الخطاب احتمالاً بثبوت الشفعة مطلقاً إذا قلنا بانتقال الملك إلى المشتري (ومنها)
 إذا باع أحد الشريكين شقصاً بشرط الخيار فباع الشفيع حصته في مدة الخيار فعلى المذهب يستحق
 المشتري الأول انزعاج شقص الشفيع من يد مشتربه لانه شريك الشفيع حالة يمه وعلى
 الثانية يستحق البائع الأول لأن الملك باق له (ومنها) لو باع الملتقط القطعة بعد الحول بشرط
 الخيار ثم جازى بها في مدة الخيار فإن قلنا لم ينتقل الملك فالرد واجب وإن قلنا بانتقاله فوجهان .
 المجزوم به في الكافي الوجوب (ومنها) لو باع محل صيدا بشرط الخيار ثم أحرم في مدته فإن قلنا
 انتقل الملك عنه فليس له الفسخ لانه ابتداء ملك على الصيد وهو يمتنع منه وإن قلنا لم ينتقل
 الملك عنه فله ذلك ثم إن كان في مدة المشاهدة أرسله والافلا (ومنها) لو باع الزوجة قبل الدخول
 الصداق بشرط الخيار ثم طلقها الزوج فإن قلنا الملك انتقل عنها فحق لزوم استردادها وجهان وإن
 قلنا لم يزل فيها استرده وجهاً واحداً (ومنها) لو باع أمة بشرط الخيار ثم فسخ البيع وجب على البائع
 الاستبراء على المذهب وعلى الثانية لا يلزمه لبقاء الملك (ومنها) لو اشترى أمة بشرط الخيار واستبرأها
 في مدته فإن قلنا الملك لم ينتقل إليه لم يكفه ذلك الاستبراء وإن قلنا بانتقاله ففي الهداية والمغنى يكفي
 وفي الترغيب والمحرم وجهان لعدم استقرار الملك

هـ - [الخامسة] الإقالة هل هي فسخ أو بيع في المسألة قروايتان منصوصتان اختار الخرقى والقاضى
 والاكثر أنهما فسخ وحكاه القاضى عن أبي بكر وفي التنبيه لأبي بكر التصريح باختياره أنها بيع
 ولهذا الخلاف فوائد عديدة (الأولى) إذا تقايلا قبل القبض فيها لا يجوز بيعه قبل قبضه فيجوز
 على قولنا هي فسخ ولا يجوز على الثانية إلا على رواية حكاهما القاضى في المجرد في الاجارات أنه يصح
 بيعه من بانه خاصة قبل القبض (الفتاوى الثانية) هل يجوز في المكيل والموزون بغير كيل ووزن
 إن قلنا هي فسخ جازت كذلك وإن قلنا هي بيع فلا هذه طريقة أبي بكر في التنبيه والقاضى والاكثرين .
 وحكى عن أبي بكر أنه لا بد فيها من كيل ثابت على الروايتين بما أن الفسخ في النكاح يقوم مقام
 الطلاق في إيجاب العدة (الفتاوى الثالثة) إذا تقايلا بزيادة على الثمن أو نقص منه أو بغير جنس

الثنى فان قلنا هي فسبح لم يصح لأن النسخ رفع للعقد فتبين اذاً أن الموضين على وجههما كالرد بلعيب وغيره وان قلنا هي بيع فوجان حكاهما أبو الخطاب ومن بعده . أحدهما يصح وقاله القاضي في كتبه الروايتين كسائر البيوع . والثاني لا يصح وهو المذهب عند القاضي في خلافه ، وصححه السامري لأن مقتضى الاقالة رد الامر الى ما كان عليه ورجوع كل واحد الى ماله فلم يجوز بأكثر من الثمن وان كانت يما فيبيع التولية وهذا ظاهر ما نقله ابن منصور عن أحمد في رجل اشترى سلعة فقدم فقال اقضى ولك كذا وكذا قال احمد اكره أن يكون ترجع اليه سلعة ومعها فضل الا أن يكون تسمرت السوق أو تاركا البيع فباعه يبعاً مستأنفاً فلا بأس به ولكن ان جاء الى نفس البيع فقال اقلني فيها ولك كذا وكذا فهذا مكروه فقد كره الاقالة في البيع الاول بزيادة بكل حال ولم يجوز الزيادة الا اذا أقر البائع بحاله وتباعاه يما مستأنفاً اذا تسمرت السوق جازت الاقالة بنقص في مقابلة نقص السعر وكذا لو تغيرت صفة السلعة وأولى ونص في رواية احمد بن القاسم وسندي وحنبلي على الكراهة بكل حال نقداً كان البيع أو نسيئة بعد نقد الثمن أو قبله معللاً كمشية مسائل العينة لانه ترجع السلعة الى صاحبها ويبقى له على المشتري فضل درهم ولكن عذور الربا هنا بعيد جداً لأنه لا يقصد أحد أن يدفع عشرة ثم يأخذ نقداً خمسة مثلاً لاسياً والدافع هنا هو الطالب لذلك الراغب . ونقل عنه ما يدل على جواز نقداً في رواية الأثرم وسأله عن بيع العربيون فذكر له حديث عمر فقيل له تذهب اليه قال أى شيء أقول وهذا عن عمر ثم قال أليس كان ابن سيرين لا يرى بأساً أن يرد السلعة الى صاحبها الا اذا كرهها ومعها شيء . ثم قال هذا مثله فقد جعل بيع العربيون من جنس الاقالة بربح وهو يرى جواز بيع العربيون وهذا الخلاف هنا شبيه بالخلاف في جواز الخلع بزيادة على المهر ، فأما البيع المبتدأ فيجوز بأكثر من ثمنه كما نقله عنه ابن منصور وكذلك نقله عنه حرب فيمن باع ثوباً بمشرين وقبضها ثم احتاج اليه فاشترى باثنين وعشرين نقداً قال لا بأس به ولا يجوز نسيئة ولم ير بأساً أن يشتريه بمثل الثمن نقداً ونسيئة ونقل عنه أبو داود فيمن باع ثوباً بنقد ثم احتاج اليه يشتريه بنسيئة قال اذا لم يرد بذلك الحيلة كأنه لم يرد به بأساً وصرح أبو الخطاب وطائفة من الاصحاب بأن كل بيع وان كان ينفذ لا يجوز لبائعه شراؤه بدون ثمنه قبل نقد الثمن ويجوز بعده وكذلك نقل ابن منصور عن احمد انه بعد القبض يبيعه كيف شاء (الفائدة الرابعة) تصح الاقالة بلفظ الاقالة والمصالحة ان قلنا هي فسح ذكره القاضي وابن عقيل وان قلنا هي بيع لم ينعقد بذلك صرح به القاضي في خلافه قال ما يصلح للحل لا يصلح للنقد وما يصلح للنقد لا يصلح للحل فلا ينعقد البيع بلفظ الاقالة ولا الاقالة بلفظ البيع . وظاهر كلام كثير من الاصحاب انعقادها

بذلك وتكون معاملة (الفائدة الخامسة) إذا قلنا هي فسخ لم يشترط لها عروط البيع من معرفة
المتقال فيه والقدرة على تسليمه وتميزه عن غيره ويفتقر ذلك على القول بأنها بيع ذكره صاحب
المعنى في التعليل ، ولو تقايلا البعد وهو غائب بعد مضي مدة لان يتغير في مثلها أو بعد إيقاعه
واشباعه بنيره صحح على الأول دون الثاني ولو تقايلا مع غيبة أحدهما بأن طلبت منه الاقالة فدخل
لقد ابرو قال على الفور أفتلك فان قلنا هي فسخ صحح ان قلنا هي بيع لم يصح ذكره القاضي وأبو الخطاب
في تعليقهما لأن البيع يشترط له حضور المتعاقدين في المجلس ، ونقل أبو طالب عن أحمد صحة قبول
الزوج للنكاح بعد المجلس واختلاف الاصحاب في تأويلها وفي كلام القاضي أيضا ما يقتضي أن الاقالة
لا تصح في غيبة الآخر على الروايتين لأنها في حكم العقود لتوقفها على رضى المتبايعين بخلاف الرد
بالغيب والفسخ بالختيار وهل يصح مع تلف السلع على طريقين . أحدهما لا يصح على الروايتين وهى
طريقة القاضي في موضع من خلافه وصاحب المعنى . والثاني ان قلنا هي فسخ صححت وإلا لم تصح
قال القاضي في موضع من خلافه وصاحب المعنى . والثاني إن قلنا هي فسخ صححت وإلا لم يصح قال
القاضي في موضع من خلافه هو قياس المذهب وفي التلخيص وسهان فإن أصلهما الروايتان اذا
تلف المبيع في مدة الخيار (الفائدة السادسة) هل صحح الاقالة بعد التناء للبيعة ان قلنا هي بيع
لم تصح والا صحت ذكره القاضي وابن عقيل (الفائدة السابعة) نى المبيع تمام متصلا ثم تقايلا
فان قلنا الاقالة بيع لم يتبع التناء بنير خلافه وان قلنا فسخ فقال القاضي التناء للمشتري وينبئ قريجه
على الوجهين كالرد بالغيب والرجوع للنفس (الفائدة الثامنة) باه تحلا حائلا ثم تقايلا وقد اطلع
فلن قلنا المقابلة بيع فائسرة ان كانت مؤبرة نهى للمشتري الأول وان لم تكن مؤبرة نهى للبائع
الأول وان قلنا هي فسخ تبعت الاصل بكل حال سواء كانت مؤبرة أو لا لأنه تمام متصل ذكره
في المعنى وقد سبقت المسألة في قاعدة التناء (الفائدة التاسعة) هل يثبت فيها خيار المجلس ان قلنا هي
فسخ لم يثبت الخيار وان قلنا هي بيع ففى التلخيص يثبت الخيار كسائر العقود ويحتمل عندى أن
لا يثبت أيضا لأن الخيار وضع للظفر في الحظر والمقيد وعلى دخل على أنه لاحظ له وانما هو متبرع
والمستقبل لم يطلب الاقالة بعد لزوم العقد الا بعد ترو ونظر وعلم بأن الحظر له في ذلك ونعم
على أن العقد الاول فلا يحتاج بعد ذلك الى مهلة لاعادة النظر واقه أعلم (الفائدة العاشرة) هل يرد
بالغيب ان قلنا هي بيع ردت به وان قلنا هي فسخ فيحتمل أن لا يرد به لأن الاصحاب قالوا الفسخ
لا يفسخ ويحتمل أن يرد به كما جوزوا فسخ الاقالة والرد بالغيب لأحد الشفيعين وأقضى الشيخ تقي
الدين بفسخ الغنم بالغيب في موضعه بفوات حقه فيه وبإفلاس الزوجة به (الفائدة الحادية عشرة)

الاقالة في المسلم فيه قبل قبضه وفيها طريقان . أحدهما على الخلاف فإن قلنا هي فسخ جازت وإن قلنا بيع لم يجر وهي طريقة القاضي وابن عقيل في روايتيهما وصاحب الروضة وابن الرافعي والثانية جواز الاقالة فيه على الروايتين وهي طريقة الاكثرين ونقل ابن المنذر الاجماع على ذلك (الفائدة الثانية عشرة) باع جزءا مشاعا من أرضه ثم تقايلا فإن قلنا الاقالة فسخ لم يستحق المشتري ولا من حدث له شرك في الأرض قبل المقايلة شيئا من الشقص بالشفعة وإن قلنا هي بيع ثبتت لهم الشفعة وكذلك لو باع أحد الشريكين حصته ثم عفى الآخر عن شفيعته ثم تقايلا وأراد العافي أن يعود إلى الطلب فإن قلنا الاقالة فسخ لم يكن لذلك والا فلا شفعة (الفائدة الثالثة عشرة) اشترى شقصا مشفوعا ثم تقايلا قبل الطلب فإن قلنا هي بيع لم يسقط كما لو باعه لغيره ثم باعه وان قلنا فسخ فقيل لا تسقط أيضا وهو قول القاضي وأصحابه لأن الشفعة استحققت بنفس البيع فلا تسقط بعده وقيل يسقط وهو المخصوص عن أحمد في رواية محمد بن الحكم وهو ظاهر كلام أبي حفص والقاضي في خلافه (الفائدة الرابعة عشرة) هل يملك المضارب أو الشريك الاقالة فيما اشتراه من الأصحاب من قال إن قلنا الاقالة بيع مملوك والا فلا لأن الفسخ ليس من التجارة المأذون فيها وهي طريقة ابن عقيل في موضع من فصوله والاكثرون على أن يملكها على القولين مع المصلحة كما يملك الفسخ بالخيار (والفائدة الخامسة عشرة) هل يملك المفاص بعد الحجر المقايلة لظهور المصلحة أن قلنا هي بيع لم يملك وان قلنا فسخ فالأظهر أنه يملكه كما يملك الفسخ بخيار أو عيب ولا يتقيد بالاحظ على الأصح لأن ذلك ليس يتصرف مستأنف بل من تمام العقد الأول ولو أحقه (الفائدة السادسة عشرة) لو وهب الوالد لابنه شيئا فباعه ثم رجع إليه بأقالة فإن قلنا هي بيع امتنع رجوع الأب فيه وإن قلنا هي فسخ فوجهان ، وكذلك حكم المجلس إذا باع السلعة ثم عادت إليه بأقالة ووجدتها بآتماع عنده (الفائدة السابعة عشرة) باع أمة ثم أقال فيها قبل القبض فهل يلزمه استيراءه فيه طريقان . أحدهما قاله أبو بكر وابن أبي موسى إن قلنا الاقالة بيع وجب الاستبراء وإن قلنا فسخ لم يجب والثاني أن في المسألة روايتين مطلقا من غير بناء كل هذا الأصل ثم قيل إنه مبني على انتقال الضمان عن البائع وعدمه وإليه أشار ابن عقيل وقيل بل يرجع إلى أن تجدد الملك مع تحقق البراءة من الحمل هل يوجب الاستبراء وهذا أظهر (الفائدة الثامنة عشرة) لو حلف لا يبيع أو لا يبيع أو علق على البيع طلاقا أو عتقا ثم أقال فإن قلنا هي بيع ترتبت عليها أحكامه من البر والحنت والا فلا وقد يقال الإيمان تنبئ على العرف وليس في العرف أن الاقالة بيع (الفائدة التاسعة عشرة) تقايلا في بيع فاسد ثم حكم الحاكم بصحة المقدونة فيه قبل تركه . إن قلنا هي بيع فنحكمه بصحة العقد الأول صحيح

لأن العقد باق وقد تأكد ترتب عقد آخر عليه وإن قلنا هي فسخ لم ينفذ لأن العقد ارتفع بالاقالة
فصار كأنه لم يوجد ويحتمل أن ينفذ وتلغى الاقالة لأنها تصرف في بيع فاسد قبل الحكم بصحته فلم
ينفذ ولم يؤثر فيه شيئاً هذا ظاهر ما ذكره ابن عقيل في عمد الادلة (الفائدة العشرون) لو باع
ذمي ذمياً آخر خراً وأقبضت دون ثمنها ثم أسلم البائع وقلنا يجب له الثمن فأقال المشتري فيها فإن
قلنا الاقالة بيع لم يصح لأن شراء المسلم للخمر لا يصح. وإن قلنا هي فسخ احتل أن يصح
فيرتفع بها العقد ولا يدخل في ملك المسلم فهي في معنى إسقاط الثمن عن المشتري واحتتمل أن لا
يصح لأنه استرداد الملك الخمر كما قال أصحابنا في المحرم أنه لا يتردد الصيد بخيار ولا غيره فإن رد
عليه بذلك صح الرد ولم يدخل في ملكه فيلزمه إرساله. وفي اتخاذه لو رد العبد المسلم على بايعه
الكافر ببيع صح ودخل في ملكه لأنه قهرى كالارث فيمكن أن يقال في رد الصيد على المحرم
ببيع ورد الخمر على المسلم بالبيع كذلك إذا قلنا يملك بالقبول (الفائدة الحادية والعشرون)
الاقالة هل تصح بعد موت المتعاقدين ذكر القاضي في موضع من خلافه أن خيار الاقالة يبطل
بالموت ولا يصح بعده. وقال في موضع آخر إن قلنا هي بيع صححت من الورثة وإن قلنا فسخ فوجهاً
٦٠- [السادسة] النقود هل تعين بالتعيين في العقد أم لا في المسئلة روايتان عن أحمد أشهرهما
أنها تعين بالتعيين في عقود المعاوضات حتى أن القاضي في تعليقه أنكر ثبوت الخلاف في
ذلك في المذهب والاكثر أن يؤيده ولهذا الخلاف فوائد كثيرة (وهنا) أنه يحكم بملكه للمشتري
بجرد التعيين فيه لم التعريف بها وإن تفتت تفتت من ضمانه على المذهب وعلى الرواية الأخرى
لا يملكها بدون قبضته على ملك البائع وتتفتت من ضمانه (وهنا) لو بن الثمن مستحقاً فعلى
المذهب الصحيح يبطل العقد لأنه وقع على ملك الغير فهو كما لو اشترى سلعة فبانت مسنقة وعلى
الثانية لا يبطل وله البطل، وماذا من مسألة مشتهرة على قواعد المذهب وهي إذا خضب قوداً واتجر
فيها وربح فإن نصوص أحد متفقة على أن الربح للمالك فمن الأصحاب من بناء على القول بوقف
تصرف الغاصب على الاجارة كابن عقيل وصاحب المغني ومنهم من بناء على أن تصرفات الغاصب
صحيحة بدون اجازة لانه مدة تطول فيشتق استدركاها وفي القضاء يبطلها ضرر عليه وعلى
المالك بتفويته الربح وهي طريقة صاحب التلخيص والصحة عنده مختصة بالنصرف الكثير وأشار
إليه صاحب المغني وأن المالم يدركه المالك ولم يقدر على استرجاعه يصح انتصراف فيه بدون إنكاره
لهذا المعنى. ومن الأصحاب من يزله على أن الغاصب اشترى في ذمته ثم نقد الثمن وهي طريقة
القاضي في بعض كتبه وابن عقيل في موضع آخر ويشهد لهذا أن المروذي نقل عن أحمد التفرقة

بين الشراء وبين الغصب والشراء في الذمة تنزل نصوصه المطلقة على هذا المقيد وإنما كان الربح للبائع مع أن الشراء وقع للغاصب لانه نتيجة ملك المنصوب منه وفادته فهو كالمثول من عينه. ويحتمل أن يخرج ذلك على رواية عدم تعيين النقود بالتعيين في العقد فيبقى كالشراء في الذمة سواء (ومنها) إذا بان التقيد المعين معيماً فله حالتان. أحدهما أن يكون عينه من غير جنسه فيبطل العقد من أصله نص عليه وذكره الأصحاب وعلوه بأنه زال عنه اسم الدينار والدرهم بذلك فلم يصح العقد عليه كما لو عقد على شاة فبانت حماراً وأوماً إليه أحد في رواية الميوفي فقال ان كان ذهباً حمل عليه شيء دخل فيه من الفضة أو النحاس أو خالطه غيره فقد زال عنه اسم الذهب لما دخل فيه وهذا متوجه إذا كان كله أو غالبه كذلك وأما ان كان فيه يسير من غير جنسه فلا يزال عنه الاسم بالكلية فلا ينبغي بطلان العقد هاهنا بالكلية وهذا ظاهر كلام أبي محمد التميمي في خصاله ويحتمل أن يبطل العقد هاهنا لمعنى آخر وهو أن البائع لا يمكن إجباره على قبول هذا وإنما باع بدينار كامل والمشتري لا يجبر على دفع بقية الدينار لانه إنما اشترى بهذا الدينار الثمين فبطل العقد ويحتمل أن يصح البيع بما في الدينار من الذهب بقسطه من المبيع وببطل في الباقي ولمشتري الخيار لبعض المبيع عليه وأصل هذين الاحتمالين الروايتان فيما إذا باعه أَرْضاً معينة على أنها عشرة أذرع فبانت تسعة ويحتمل أن يصح البيع كله بدينار ويلزم المشتري بشئ من الدينار من غيره ذهباً لأن العقد وقع على دينار كامل فإذا بان دونه وجب اتمامه جمعاً بين المقصدين التعيين والتسمية وأصل هذا الوجه مانص عليه أحد في رواية ابن منصور فيمن اشترى سمناً في ظرف فوجد فيه ربا ان كان سمناً عنده سمناً أعطاه بوزنه سمناً وان لم يكن عنده سمناً أعطاه بقدر الرب من الثمن وإنما فرق بين السمان وغيره لأن السمان شأنه بيع السمناً فكأنه باعه بمقدار الظرف سمناً وأما غيره فإنما باعه هذا الظرف المعين والنقود من جنس الاول لا الثاني (الحالة الثانية) أن يكون عيبها من جنسها ولم ينقص وزنها كالسواد في الفضة فالبايع بالخيار بين الإمسك والفسخ وليس له البدل لتعيين النقد في العقد ومن أمسك فله الارش الا في صرفها بحبسها صرح به الحلواني وابنه وصاحب المحرر وفي بعض نسخ البخاري ما يقتضيه وظاهر كلام أبي الخطاب خلافه فهذا كله تفريع على رواية تعيين النقود فاما على الأخرى فلا يبطل العقد بحال إلا أن يتفرقا والعيب من غير الجنس لفوات قبض المعقود عليه في المجامع ولافسخ بذلك وإنما يثبت به البدل دون الارش لان الواجب في الذمة دون المعين (ومنها) إذا باعه سلعة بنقد معين فلي المشهور لا يجبر واحد منهما على البداء بالتسليم بل ينصب عدل يقبض منها ثم يضمنهما لتعاقب حتى كل واحد منهما يعين معينة فهما سواء وعلى

الرواية الاخرى هو كما لو باعه بنقد في الذمة فيجب البائع أو لاعلى التسليم لتعان حق المشتري بالعين دونه . ونفس عليه أحمد في رواية ابن منصور . وتأوله القاضي على أن البيع وقع على ثمن في الذمة (ومنها) لو باعه سلعة بنقد معين ثم أتاه به فقال هذا الثمن وقد خرج معيماً وأنكر المشتري فيه ثلاث طرق . أحدها أن قلنا النقود تعين بالتعيين فالقول قول المشتري لأنه يدعى عليه استحقاق الرد والاصل عدمه وإن قلنا لا يتعين فوجهان . أحدهما القول قول المشتري أيضاً لأنه أقصص في الظاهر ماعليه . والثاني قول القاضي لأن الثمن في ذاته والاصل اشتغالها به إلا أن يثبت برائتها منه وهذه طريقة السامري في المستوعب . والطريقة الثانية أن قلنا النقود لا تعين فالقول قول البائع وجهاً واحداً لأنه قد ثبت اشتغال ذمة المشتري بالثمن ولم يثبت برائتها منه وإن قلنا تعين فوجهان مخرجان من الروايتين فيما إذا ادعى كل من المتبايعين أن العيب حدث عنده في السلعة . أحدهما القول قول البائع لأنه يدعى سلامة العقد والاصل عدمه ويدعى عليه ثبوت الفسخ والاصل عدمه . والثاني قول القاضي لأنه منكر التسليم والاصل عدمه وهذه طريقة القاضي في بعض تعاليقه وجزم صاحب المغني والمحرر بأن القول قول البائع إذا أنكر أن يكون الردود بالعيب هو المبيع ولم يحكما خلافاً ولا فصلاً بين أن يكون المبيع في الذمة أو معيماً نظراً الى أنه يدعى عليه استحقاق الرد والاصل عدمه . وذكر الأصحاب شئ ذلك في مسائل العرف وقرق السامري في فروقه بين أن يكون الردود بعيب وقع عليه معيماً فيكون القول قول البائع وبين أن يكون في الذمة فيكون القول قول المشتري لما تقدم وهذا فيما إذا أنكر المدعي عليه العيب أن ماله كان معيماً أما إن اعترف بالعيب فقد فسخ صاحبه وأكر أن يكون هذا هو المعين فالقول قول من هو في يده صرح به في التفتيش في المغني معللاً بأنه قبل استحقاق ما ادعى عليه الآخر والاصل معه ويشهد له أن المبيع في مدة الخيار إذا رده المشتري بالخيار فانكر البائع أن يكون هو المبيع فالقول قول المشتري حكاه ابن المنذر عن أحمد لا تفاهما على استحقاق الفسخ بالخيار ، وبذلك وجهه صاحب المغني وقد ينبت على ذلك أن المبيع بعد الفسخ بعيب ونحوه هل هو أمانة في يد المشتري أو مضمون عليه وفيه خلاف سبق ذكره . فإن الامانات القول قول من في يده مع الاختلاف في عينها وقد نص عليه أحمد في الرهن ولذلك نص في اختلاف المتبايعين في عين المبيع المعين قبل قبضه أن القول قول البائع وقد يكون مأخذه أنه أمانة عنده ومن الأصحاب من عطل بأن الاصل براءة ذمة البائع ما يدعى عليه فهو كما أقر يعين لرجل ثم أحضرها فانكر المقر له أن تكون هي المقر بها فإن القول قول المقر مع يمينه (ومنها) لو كان عديدين شريكين قيمة نصيب كل منهما عشرة دنانير فقال رجل يملك عشرة دنانير لا يملك غيرها

لاحدهما اعتق نصيبك على هذه الدنانير العشرة ففعلت نصيب المسؤول عن السائل وهل يسرى عليه إلى حصة الآخر أم لا. أن قلنا أن النقود تتعين بالتميين لم يسر لأن المسؤول ملكها عليه بالعقد فلم يبق في ملك السائل شيء. فصار معسراً وإن قلنا لا يتمين سرى إلى حصة الشريك كما لو اشترى ذلك النصيب بثمن في الذمة لأنه مالك لقيمة حصة الآخر وذكر السامري ويفيد هذا أن الدين المستغرق لا يمنع السراية.

٧ - [السابعة] العبد هل يملك بالتملك أم لا ؟ في المسألة روايتان عن أحمد . أشهرهما عند الاصحاب أنه لا يملك وهو اختيار الخرقي وأبو بكر والناضبي والأكثرين . والثانية يملك اختارها ابن شاقلا وصاحبها ابن عقيل وصاحب المغني ولهذا الخلاف فوائد كثيرة جداً (فنها) لو ملك السيد عبده مالا زكوا فإن قلنا لا يملكه فزكاته على السيد لأنه ملكه وإن قلنا يملكه فلا زكاة على السيد لاتتفاء ملكه ولا على العبد لأن ملكه مزلول ولهذا لم يلزمه فيه نفقة الأقارب ولا يمتنع عليه رحمه بالشراء هذا ما قال أكثر الاصحاب منهم أبو بكر والقاضي وهو ظاهر كلام الخرقي وفي كلام أحمد إيماء إليه وحكي بعض الاصحاب رواية بوجود زكاته على العبد على القول بأنه ملكه ومنهم من اشترط مع ذلك اذن السيد لقول أحمد في زكته باذن سيده وانما مراده أن المال للسيد وزكاته عليه والعبد كالوكيل والمودع فلا يزي بدون اذنه وعن ابن حامد أنه ذكر احتمالا بوجود زكاته على السيد على كلا القولين لأنه إما ملك له أو في حكم ملكه لتمكنه من التصرف فيه كسائر أمواله (ومنها) اذا ملكه السيد عبداً وأهل عليه هلال المعطر فإن قلنا لا يملكه ففطرته على السيد وإن قلنا يملكه فوجبان أحدهما لافطرة له على أحد قاله القاضي وابن عقيل اعتباراً بزكاة المال كما سبق والثاني فطرته على السيد صححه صاحب المغني لأن نفقته على السيد وكذلك فطرته (ومنها) تكفيره بالمال في الحج والايان والظهار ونحوها ، وفيه للاصحاب طرق أحدها البناء على ملكه وعدمه فإن قلنا يملك فله التكفير بالمال في الجملة والأفلا وهذه طريقة القاضي وأبي الخطاب وابن عقيل واكثر المتأخرين لأن التكفير بالمال يستدعي ملك المال فإذا كان هذا غير قابل الملك بالكتابة ففرضه الصيام خاصة وعلى القول بالملك فإنه يكفر بالأطعام وهل يكفر بالتحق على روايتين لأن العلق يقتضي الولاء والولاية والارث وليس العبد من أهلها . وهل يلزمه التكفير بالمال أو يجوز له مع إجراء الصيام المتوجه ان كان في ملكه مال فأذن له السيد بالتكفير منه لزمه ذلك وإن لم يكن في ملكه بل أراد السيد أن يملكه ليكفر لم يلزمه كالحرم المعسر اذا بذله له مال . وعلى هذا ينتزل ما ذكره صاحب المغني من لزوم التكفير بالمال في الحج ونفي اللزوم في الظهار

(الطريقة الثانية) أن في تكفيره بالمال باذ السيد روايتين مطلقتين سواء قلنا يملك أو لا يملك
 حكاها القاضي في المجرد عن شيخه ابن حامد وغيره من الأصحاب وهي طريقة أبي بكر فوجه عدم
 تكفيره بالمال مع القول بالملك أن يملكه ضعيف لا يحتمل المواساة ولهذا لم يجب فيه الزكاة ولا
 نفقة الأقارب فكذلك الكفارات والوجه، تكفيره بالمال مع القول بإذناء ملكه مأخذان. أحدهما
 أن تكفيره بالمال إنما هو تبرع له من السيد وإباحة له أن يكفر من ماله والتكفير عن الغير
 لا يشترط دخوله في ملك المكفر عنه كما يقول في رواية في كنارة المجامع في رمضان إذا عجز عنها
 وقلنا لا يسقط تكفير غيره عنه إلا باذنه جاز أن يدفعها إليه وكذلك في سائر الكفارات على إحدى
 الروايتين ولو كانت قد دخلت في ملكه لم يحز أن يأخذها هو لأنه لا يكون حيث يتخذ إخراجا للكفارة
 (والمأخذ الثاني) أن العبد ثبت له ملك قاصر بحسب حاجته إليه وإن لم يثبت له الملك المطلق الثام
 فيجوز أن يثبت له في المال المكفر به ملك ينتج له التكفير بالمال دون يبره وهبه كما اثبتنا له في الأمة
 ملكا قاصرا أيسح له التبرع بها دون يبرها وهبتها على ما سنذكره وهذا اختيار الشيخ تقي الدين .
 ووجه التفريق بين العتق والإطعام أن التكفير بالعتق محتاج إلى ملك بخلاف الإطعام ذكره ابن
 أبي موسى ولهذا لو أمر من عليه الكفارة رجلا أن يطعم عنه ففعل أجزأه ولو أمر أن يعتق عنه
 ففعل أجزأه عن روايتان ولو تبرع الوارث بالإطعام الواجب عن موروثه صح ولو تبرع عنه بالعتق
 لم يصح ولو اعتق الأجنبي عن الموروث لم يصح ولو أطلع عنه فوجها (الطريقة الثالثة) أنه لا يجرى
 التكفير بغير الصيام بحال على كلا الطريقتين وهي ظاهر كلام أبي الخطاب في كتاب الظهار وصاحب
 التلخيص وغيرهما لأن العبد وإن قلنا يملك فإن ملكه ضعيف لا يحتمل المواساة كما سبق فلا يكون
 مخاطبا بالتكفير بالمال بالكلية فلا يكون فرضه غير الصيام بالأصالة بخلاف الحر العاجز فإنه قابل
 للتملك ومن هاهنا والله أعلم قال التخرق العبد إذا حنث ثم عتق إنه لا يجرى له التكفير بغير الصوم
 بخلاف الحر المعسر إذا حنث ثم أيسر وقال أيضا في العبد إذا فاته الحج أنه يصوم عن كل مدمن
 قيمة الشاة يوما وقال في الحر المعسر أنه يصوم في الإحصار صيام الفتح . والفرق بينهما أن العبد
 ليس من أهل الملك القابل لتعلق الواجبات به فيتعلق به وجوب الصيام بالأصالة وفدية الفوات
 والإحصار لم يرد فيها نص بغير الهدى فواجبت على العبد صياما يقوم مقام الهدى ويعدل قيمة الشاة
 كما وجب في جزاء الصيد لأن هذا صيام واجب بالأصالة ليس بدلا عن الهدى وهو يعادل الهدى
 وشبه به فيكون فرض العبد بالأصالة بخلاف الحر المعسر فإن الواجب في ذمته بالأصالة هو الهدى
 فإذا عجز عنه انتقل إلى البدله الذي شرع للهدى وهو صيام المتعة (ومنها) إذا باع عبدا وله مال وفيه

للأصحاب طرق (أحداها) البناء على الملك وعدمه فإن قلنا يملك لم يشترط معرفة المال ولا سائر شرائط البيع فيه لأنه غر داخل في العقد وإنما اشترط على ملك العبد ليكون عبداً ما مال وذلك صفة في العبد لا تفرد بالمعاضة وهو كبيع المكاتب الذي له مال وإن قلنا لا يملك اشترط للمالكه معرفه وأن يبعه بغير جنس المال أو يجنسه بشرط أن يكون الثمن أكثر على رواية ويشترط التقاض لأن المال حينئذ داخل في عقد البيع وهذه طريقة القاضي في المجرى وابن عقيل وأبي الخطاب في انتصاره وغيرهم (والطريقة) الثانية اعتبار قصد المال أو عدمه لا غير فإن كان المال مقصوداً للبشترى اشترط عليه وسائر شروط البيع وإن كان غير مقصود بل قصد المشتري تركه للعبد لينتفع به وحده لم يشترط ذلك لأنه تابع غير مقصود وهذه الطريقة هي المنصوصة عن أحمد وأكثر أصحابه كالحرقى وأبي بكر والقاضى في خلافه وكلامه ظاهر في الصحة . وإن قلنا إن العبد لا يملك وترجع المسئلة على هذه الطريقة إلى بيع ربوى بغير جنسه ومعهم من جنسه ما هو غير مقصود وقد استوفينا الكلام عليها في القواعد ورجع صاحب المغنى هذه الطريقة (والطريقة الثالثة) الجمع بين الطريقتين وهي طريقة القاضي في الجامع الكبير وصاحب المحرر ومضمونها أنا إن قلنا العبد يملك لم يشترط له الشروط البيع بحال وإن قلنا لا يملك فإن كان المال مقصوداً للبشترى اشترط له شرائط البيع وإن كان غير مقصود له لم يشترط له ذلك (ومنها) إذا أذن المسلم لعبده الذي أن يشترى له بماله جداً مسلماً فاشتراه فإن قلنا يملك لم يصح شراؤه له وإن قلنا لا يملك صح وكان مملوكاً للسيد . قال الشيخ مجد الدين هذا قياس المذهب عندى قلت وبشترج فيه وجه آخر لا يصح على القولين بناء على أحد الوجهين أنه لا يصح شراء الذي لمسلم بالوكالة ولو كان بالعكس بأن يأذن الكافر لعبده المسلم الذي يثبت ملكه عليه أن يشترى بماله رقيقاً مسلماً . فإن قلنا يملك صح وكان العبد له وإن قلنا لا يملك لم يصح (ومنها) تسرى العبد وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف في ملكه فإن قلنا يملك جاز تسريه وإلا فلا لأن الوطء بغير نكاح ولا ملك يمين محرم بنص الكتاب والسنة وهي طريقة القاضي والأصحاب بعده . والثانية يجوز تسرية على كلا الروايتين وهي طريقة الحرقى وأبي بكر وابن أبي موسى ورجعها صاحب المغنى وهي أصح فإن نصوص أحمد لا تختلف في إباحة التسرى له فتارة علل بأنه يملك وتارة اعترف بأنه خلاف القياس وأنه جاز لاجتماع الصحابة عليه وهذا يقتضى أنه أجاز له التسرى وإن قيل أنه لا يملك اتباعاً للصحابة في ذلك ووجهه أن العبد وإن قيل إنه لا يملك فلا بد من أن يثبت له ملك ما يحتاج إلى الانتفاع به ولذلك يملك عقد النكاح وهو ملك لمنفعة البضع فكذلك يملك التسرى ويثبت له هذا الملك الخاص لجلته إليه ولا يجوز تسريه

بدون إذن نص عليه في رواية جماعة كنيكاحه ولأنه لا يملك التصرف في ماله بما يتلف ماله ويضربه
تعلق حق السيد به والتسرى فيه في اضرار بالجارية وتتعير لماليتها بالوطء والحمل وربما أدى إلى
تلفها . ونقل عنه أبو طالب وإبراهيم بن هاني يتسرى العبد في ماله كان ابن عمر يتسرى عبيده
في ماله فلا يعيب عليهم . قال القاضي فيما علقه على حواشي الجامع للخلال ظاهر هذا أنه يجوز تسريه
من غير إذن له لأنه مالك له انتهى ويمكن أن يحمل نص اشتراطه على التسرى من مال سيده إذا
كان مأذوناً له ونصه يقدم على اشتراط تسريه في مال نفسه الذي يملكه وقد أرمأ إلى هذا في رواية
جماعة وهو الأظهر ونقل الأثرم عنه في الرجل يب لمبده جارية لا يطلأها ولكنه يتسرى في ماله
إذا أذن له سيده وفسر ماله بمال العبد الذي في يده وهذا في اعتبار الإذن في التسرى من مال
نفسه وتقريره بين ذلك وبين الأمة التي يملكه السيد فيه إشكال ولعله منع الوطء بدون إذن
السيد فيكون ذلك منه اشتراطاً لإذن السيد بكل حال . واعلم أن الإمام أحمد متردد في تسرى العبد بأمة
سيده ونكاحه هل هما جنس واحد أم لا فقال في رواية حنبل لا يبيع أمته المازوجة بعبيده
حتى يطلقها العبد فجعله تمليكاً لازماً ونقل عنه الآكثرون جوازه واختلاف عنه في بيع سرية
عبيده فنقل عنه الميموني الجواز ونقل عنه جعفر بن محمد المنع مما لا بان التسرى بمنزلة
النكاح يريد أنه لازم لا يجوز الرجوع فيه وكذا نقل عنه ابن هاني وغيره واختلف عنه في جواز
تسرى العبد بأكثر من أثنين فنقل عنه الميموني الجواز وأبو الحارث المنع كالنكاح ولم يختلف عنه
في أن العبد وسريته . يوجب نحرهما عليه لولا ملكه عنها ونقله عن ابن عمر واختلف عنه في عتق
العبد وزوجته هل يفسخ به النكاح على روايتين بناء على تعاليف جهة التملك فيه أو جهة النكاح وقد
استشكل أكثر هذه النصوص القاضي وربما أولوا ونزاهسا على ما ذكر الشيخ تقي الدين وهذه
المسائل المذكورة منصوطة عن الساف حكما وتعليلا كما ذكرنا وكذلك قال الشيخ محمد الدين
ظاهر كلام أحمد بإباحة التسرى للعبد وإن قل لا يملك فيكون نكاحا عنده وحمل قول أبي بكر على
مثل ذلك وعلى هذا فله يشترط له الإشهاد وكلام أحمد يقتضي استحبابه لا غير وفي ثبوت المهر خلاف
معروف (ومنها) لو باع السيد عبد نفسه بالقي فيه فهل يعتق أم لا المنصوص عن أحمد أنه يعتق
بذلك وذكره الحرق مع قوله إن العبد لا يملك ونزله القاضي على القول بالملك فيكون دخول السيد
مع عبده في بيعه نفسه بآله إقراراً له على ملكه فيصح بيعه ويعتق وإن قل لا يملك لم يصح بيعه
ويحتمل أن يقال يبيعه نفسه هنا كناية عن عتقه فيعتق به بكل حال ولهذا قال الأصحاب إن بيع
السيد عبده نفسه بمال تعلقي له عتقه على اتزاهم فيعتق على ملك السيد فيكون هاهنا تعليقاً على إيقاع

هذا المال يعتق به أما ان دفع العبد مالا إلى رجل ليشتريه به من سيده ففعل وأعتقه المشتري فهل يصح العقد و يعتق ان اشتراه الرجل في الذمة ثم نقد المال صح وعق وإن اشتراه بغير المال انبى على الروايتين في تعيين النقود بالتعيين على ماسق والمنصوص عن أحمد في رواية عبد الله وأبي الحارث وأبي داود البطلان معللا بما ذكرنا وذكره الحرقى والفرق بين هذه والتي قبلها أن السيد لم يعلم هنا أنها ماله فلا يكون إقرارها على ملك العبد ونص في رواية منها وحبل على أنه يعتق ويضم المشتري الثمن وهذا قد يتنزل على القول بأن النقود لا تعين وقد يتنزل مع القول بالتعيين على أنه عقد فاسد مختلف فيه فينفذ فيه العتق كما ينفذ الطلاق في النكاح المختلف فيه وهو أحمد الوجيبين للأصحاب وكذلك نقل منها عنه في عبد دفع إلى رجل ألف درهم من مال رجل آخر فاشتراه بها من سيده وأعتقه أنه يرجع صاحب المال بماله فإن استملك كان دينا على العبد ويعتق العبد وحمل القاضي في موضع من المجرد وتبعه ابن عقيل [في] المسئلة على أن العبد وكل الرجل في شراء نفسه من سيده ويكون المشتري وكلا العبد ويكون وكالة صحيحة قال الشيخ محمد الدين فلي هذا يكون قد عتق في الباطن في الحال ويلزم المشتري الثمن ويرجع به على العبد وقال أيضاً في موضع آخر هذا فيه اشكال لأن العبد عندنا لا يصح أن يشتري من سيده شيئاً بنفسه فكيف يصح توكيله فيه ولهذا قال أحمد لا ربا بين العبد وسيده قال ويحتمل أن يصح ذلك بناء على أن العبد يملك ويلتزم عليه جريان الربا بينهما قال ويحتمل أن تكون هذه المسئلة غامضاً في كتابها يعني القاضي وابن عقيل وإن هوأب في ذلك أن يقال إذا وكل رجل العبد في شراء نفسه من سيده (ومنها) إذا عتق السيد عبده وله مال فهل يستقر ملكه للعبد أم يكون للسيد على روايتين فمنهم من بانها على القول بالملك وعدمه فإن قلنا يملكه استقر ملكه عليه بالعتق والا فلا وهي طريقة أبي بكر والقاضي في خلافه وصاحب المحرر ومنهم من جعل الروايتين على القول بالملك (ومنها) لو اشترى العبد زوجته الأمة بماله فإن قلنا يملك انفسخ نكاحه وإن قلنا لا يملك لم ينفسخ (ومنها) لو ملكه سيده أمة فاستولدها فإن قلنا لا يملك فالولد ملك السيد وإن قلنا يملك فالولد يملك للعبد لكنه لا يعتق عليه حتى يعتق فإذا عتق ولم ينزعه منه قبل عتقه عتق عليه لتمام ملكه حينئذ ذكره القاضي في المجرد (ومنها) هل ينفذ تصرف السيد في مال العبد دون استرجاعه إن قلنا العبد لا يملك صح بغير اشكال وإن قلنا يملك يظهر كلام أحمد أنه ينفذ عتق السيد لرقيق عبده قال القاضي في الجامع الكبير فيحتمل أن يكون رجوع فيه قبل عتقه قال وإن حمل على ظاهره لأن عتقه يتضمن الرجوع في التملك (ومنها) الوقت على العبد فهو أحد دلي أنه لا يصح نقيل إن ذلك يتفرع على القول

بأنه لا يملك فلما إن قيل أنه يملك صحح الوقف عليه كلكاتب في أظهر الوجين والأكثرين على أنه لا يصح الوقف عليه على الروايتين لضعف ملكه (ومنها) وصية السيد لبيده بشيء من ماله فإن كان بجزء مشاع منه صحح وعق من العبد بنسبة ذلك الجزء لدخوله في عموم المال وكل عقته من بقية الوصية نص عليه ، فقيل لأن الوصية إنما صحت لنته فتقدم المتق أم وأنع له . وقيل بل الجزء الشائع الموصى به غير متعين فعين في العبد تصحيحاً للوصية مهما أمكن . ويحتمل أن يقال ملك بالوصية جزءاً مشاعاً من نفسه فحق عليه وملك به بقية الوصية فصار مفسراً فسرى المتق إلى الباقي مضوناً بالسراية من بقية الوصية إذ لا مال له سواها كرس ملك بعض ذى رحم محرم منه بفعله وأولى . وهذا المأخذ منقول عن ابن سيرين وهو حسن وفي كلام أبي الحسن التيمي ما يشعر به أيضاً .

وصرح بعضهم أنه يعتق منه بنسبة الوصية من المال فسرى المتق إلى جميعه إذا احتمله الثلث بناء على القول بالسراية بالوصية بعد الموت ويكفل له بقية الوصية من المال إن احتمل الثلث ذلك وإن كانت الوصية بجزء معين أو مقدر في صحة الوصية روايتان أشهرهما عدم الصحة فمن الأصحاب من بناهما على أن العبد هل يملك أم لا وأشار إلى ذلك أحد في رواية صالح . وهذه طريقة ابن أبي موسى والشرازي وابن عقيل وغيرهم . ومنهم من حل الصحة على أن الوصية كقدر المعلن أو المقدر من الثروة لا يمينه فيعود إلى الجزء المشاع وهو بعيد جداً (ومنها) لو غزا العبد على فرس ملكه إياها سيده فإن قلنا يملكها لم يسهم لها لأن الفرس تبع للمالك فإذا كان مالكها من أهل الرضخ فكذلك فرسه وإن قلنا لا يملكها أسهم لها لأنها لسيدته كذا قال الأصحاب ، والمنصوص عن أحد في رواية ابن الحكم أنه يسهم لفرس العبد وتوقف مرة أخرى وقال لا يسهم لها متحداً وقل عنه أبو طالب إذا غزا العبد مع سيده ومعه فرسان ومع سيده فرسان يسهم لفرسي السيد ولا يسهم لفرسي العبد لأن السكل السيد ولا يسهم لأكثر من فرسين .

« تنبيه » الخلاف في ملك العبد بالتبليك هل هو مختص بتبليك سيده أم لا قال صاحب التلخيص هو مختص به فلا يملك من غير جهته وكلام الأكثرين يدل على خلافه ويتفرع على ذلك مسائل :

(ومنها) ملكه القطعة بعد الحول قال طائفة من الأصحاب يبنى على رابقي الملك وعدمه جلا لتبليك الشارع كتبليك السيد وظاهر كلام ابن أبي موسى أنه يملك القطعة وإن لم يملك بتبليك سيده لأنه تبليك شرعي ثبت قهراً فثبت له حكماً وفارق الميراث لأن العبد ليس من أهله لا تقطاع تصرفه وهنا هو من أهل الحاجة إلى المال وعند صاحب التلخيص لا يملكها بشير خلاف وكذلك في الهداية والمتن أن ملك لسيدته (ومنها) حيازته للمباحات من احتطاب أو احتشاش أو اصطيد أو مدن أو غير ذلك . فمن الأصحاب من قال هو ملك لسيدته دونه رواية واحدة كلقاضي وابن عقيل لأن جوارح العبد ومنافعه ملك لسيدته

فهى كيد غسه فالخاسل في يد عبده كالحاصل في يده حكماً نعم لو أذن السيد له في ذلك فهو كتمليكك إياه ذكره القاضى وغيره وخرج طائفة المسئلة على الخلاف في ملك العبد وعنده منهم الشيخ محمد الدين وقاله على القطعة وهو ظاهر كلام ابن عقيل في موضع آخر (ومنها) إذا وصى للعبد أو وهب له وقبله بأذن سيده أو بدونه إذا أجزأه ذلك على المنصوص فالحال للسيد نص عليه في رواية حنبل وذكره القاضى وغيره وبناء ابن عقيل وغيره على الخلاف في ملك العبد (ومنها) لو خالغ العبد زوجته بموضع فهو للسيد ذكره انفرق وظاهر كلام ابن عقيل بناؤه على الخلاف في ملك العبد ويمضيه أن العبد هنا يملك البضع فملك عوضه بالطلع لأن من ملك شيئاً ملك عوضه فأما مهر الامة فهو للسيد لانه عوض عن ملك السيد وهو منفعة البضع فيكون تملكه كاجرة العبد له بخلاف ما تقدم فانه ليس عوضاً عن ملكه .

٨ - [الثامنة] المضارب هل يملك الربح بالظهور أم لا ذكر أبو الخطاب أنه يملك بالظهور رواية واحدة وقال الاكثرون في المسئلة روايتان (إحداها) يملك بالظهور وهى المذهب المشهور والرواية الثانية لا يملك بدون التقسم ونصرها القاضى في خلافه في المضاربة ويستقر الملك فيها بالتقاسم عند القاضى وأصحابه ولا يستقر بدونها ومن الأصحاب من قال يستقر بالحاسبة التامة كبن أبى موسى وغيره وبذلك جزم أبو بكر عبد الميز وهو المنصوص صريحاً عن أحد ونهذا الاختلاف فوائد : (منها) انعقاد الحول على حصة المضارب من الربح قبل القسمة فان قيل لا يملك بدونها فلا انعقاد قبلها وإن قيل يملك بمجرد الظهور فهل ينقسم الحول عليها قبل استقرار الملك فيها أم لا ينقسم بدون الاستقرار ففيه للأصحاب طرق (أحدها) لا ينقسم الحول عليها بدون الاستقرار بحال من غير خلاف وهى طريقة القاضى في المجرى والخلاف ومن اتبعه وكذلك طريقه أبى بكر وابن أبى موسى إلا أن القاضى عنده الاستقرار بالتقسمة وعندهما بالحاسبة التامة فينقسم الحول عندهما بالحاسبة وهو المنصوص عن أحمد في رواية صالح وأبو منصور وحنبل (والطريقة الثانية) إن قلنا يملك بالظهور انقسم الحول عليه من حينه وإلا فلا وهى طريقة القاضى من موضع من الجامع الصغير وأبى الخطاب (والطريقة الثالثة) إن قلنا لا يثبت الملك قبل الاستقرار لم ينقسم الحول وإن قلنا يثبت بدونه فهل ينقسم قبله على وجهين وهى طريقة ابن عقيل وصاحبى المنفى والمهرورمكنهما رجحاً عدم الانعقاد وابن عقيل صحح الانعقاد في باب المضاربة وأما رب المال عليه زكاة رأس ماله مع حصته من الربح وينقسم الحول عليها بالظهور وأما بقية الربح فلا يلزمه زكاة سواء قلنا بملكه العامل بالظهور أولاً في ظاهر كلام أحمد وهو قول القاضى والاكثرين لأنه إن سلم فهو للعامل وإن تلف تلف عليها وحكى أبو الخطاب عن القاضى أنه يلزمه زكاة إذا قلنا لا يملكه العامل بدون القسمة وهو ظاهر كلام القاضى في خلافه في مسئلة المزارعة وهو ضيف (ومنها) لو اشترى العامل بماله ظهور

الربح من يمتق عليه بالملك فيه طريقان (أحدهما) البناء على الملك بالظهور وعنده فإن قلنا يملك به حق عليه والا فلا وكذلك قال القاضي في خلافه وابنه أبو الحسين وأبو الفتح الطلواني (والطريق الثاني) أن قلنا لا يملك بالظهور لم يمتق وإن قلنا يملك به فوجهان كذا قال جماعة منهم صاحب التلخيص . أحدهما يمتق عليه وهو قول القاضي وأبي الخطاب وأما إليه أحد في رواية ابن منصور . والثاني لا يمتق لعدم استقرار الملك وهو قول أبي بكر في التنبيه فإن الملك فيه غير تام ولهذا لا يجزئ في حول الزكاة كما سبق والعق يستدعي ملكا بدليل أن المكاتب لا يمتق عليه ذو رحمه بملكه والأول أصح فإن المتق يسرى إلى ملك الاجنبي المحض ولا يمتنع الدين بخلاف الزكاة والمكاتب ليس من أهل التبرع ولهذا لو باشر المتق بنفسه لم ينفذ فكذا بالملك وأولى وعلى هذا إذا اشترى رحمه بعد ظهور الربح عتق عليه منه بقدر حصته ثم إن كان موسراً سرى عليه لأن المتق بالشراء وهو من فعله باختياره ولو اشترى قبل ظهور الربح ثم ظهر الربح بارتفاع الاسواق وقلنا يملك به حق عليه نصيبه ولم يسر إذ لا اختيار له في ارتفاع الاسواق وذكره في التلخيص (ومنها) لو طيء العامل أمة من مال المضاربة بعد ظهور الربح فإن قلنا يملك بالظهور فالولد حر وعليه قيمة الامة وتصير أم ولد له وإن لم يكن ظهر ربح لم يثبت شيء من ذلك ونص عليه أحمد في رواية ابن منصور وهل عليه الجلدان لم يكن ظهر ربح على وجهين : أحدهما لاحد عليه ويعز ونص عليه في رواية ابن منصور واختاره صاحب المغني لأن الربح مبنى على التقويم وهو أمر اجتهادي لا يقطع به . والثاني عليه الحد قاله القاضي لانتفاء الملك وشبهته (ومنها) لو اشترى العامل لنفسه من مال المضاربة فإن لم يظهر ربح صح نص عليه لأنه ملك أجنبي وكذلك إن ظهر ربح وقلنا لا يملك بالظهور وإن قلنا يملك به فهو كشراء أحد الشريكين من مال الشركة والمذهب أنه يسطل في قدر حقه لأنه ملكه فلا يصح شراؤه له وفي الباقي روايتان تفريق الصفة وخرج أبو الخطاب رواية بصحته في الكل من الرواية التي يخبر فيها لرب المال أن يشتري من مال المضاربة لنفسه لأن علاقة حق المضارب به صيرته كلفتزد عن ملكه فكذا المضارب مع رب المال وأولى (ومنها) لو اشترى العامل شتصاً المضاربة وله فيه شركة فهل له الاخذ بالشفعة فيه طريقان . أحدهما ما قال أبو الخطاب ومن تابعه فيه وجهان . أحدهما لا يملك الأخذ واختاره في ردوس المسائل لأنه يتصرف لرب المال فامتنع أخذه كما يمنع شراء الوصي والوكيل فيما يتوليان بيعه . والثاني له الاخذ وخرجه من وجوب الزكاة عليه في حصته فإنه يصير حينئذ شريكاً يتصرف لنفسه وشريكه ومع تصرفه لنفسه تزول التهمة ولأنه يأخذ مثل الثمن المأخوذ به فلا تهمة بخلاف شراء الوصي والوكيل وعلى هذا فالمسئلة متيدة بحال ظهور الربح ولا بد (والطريقة الثانية) ما قال صاحب المغني إن لم يكن في المال ربح أو كان وقلنا لا يملك بالظهور فله الاخذ لأن الملك

لغيره فكذلك لا أخذ منه وإن كان فيه ربح وقتنا يملكه بالظهور فقيه الوجهاً بناء على شراء العامل من مال المضاربة بعد ملكه من الربح على ما سبق (ومنها) لو أسقط العامل حقه من الربح بعد ظهوره فإن قلنا يملكه بالظهور لم يسقط وإن قلنا لا يملكه بدون التهمة فوجهان وقد سبقت في القواعد (ومنها) لو قارض المريض ومعى للعامل فوق تسمية المثل قال القاضي والأصحاب يجوز ولا يستبر من الثلث لأن ذلك لا يؤخذ من ماله وإنما يستحقه بماله من الربح الحادث ويحدث على ملك العامل دون المالك وهذا إنما يتوجه على القول بأنه يملكه بالظهور وإن قلنا لا يملكه بدون التهمة احتمل أن يحسب من الثلث لأنه خارج حيز من ملكه واحتمل أن لا يحسب منه وهو ظاهر كلامهم لأن المال الحاصل لم يفوت عليهم منه شيئاً وإنما زاده فيه ربهاً .

٩ — [التاسعة] الموقوف عليه هل يملك ربة الوقف أم لا ؟ في المسئلة روايتان معروفتان أشهرهما أنه ملك للموقوف عليه . والثانية لا ضل هذه هل هو ملك الواقف أو لله تعالى فيه خلاف أيضاً وينزل على هذا الاختلاف مسائل : (منها) زكاة الوقف إذا كان ماثية موقوفة على معين فهل يجب زكاتها فيه طريقان . أحدهما بناؤه على هذا الخلاف فإن قلنا هو ملك للموقوف عليه ضليه زكاتها وإن قلنا ملك لله فلا زكاة وهذه طريقة المحر وهو ظاهر كلام أحمد في رواية منها وعلى بن سعيد وعلى هذا فإن قلنا يملكه الواقف ضليه زكاته ونص أحمد على أن من وقف على آقاره فإن الزكاة عليه بخلاف من وقف على المساكين . والطريقة الثانية لازكاة فيه على الروايتين قاله القاضي وابن عتيل لقصور الملك فيه (فأما) الشجر الموقوف فتجب الزكاة في ثمره على الموقوف عليه وجهاً واحداً لأن ثمره ملك للموقوف عليه وقال الشيرازي لازكاة فيه مطلقاً ونقله غيره رواية (ومنها) لو جنا الوقف فأرسل جنائمه على الموقوف عليه إذا قيل أنه ماله لانه امتنع من تسليمه فيلزمه فداؤه وإن قيل هو ملك لله فالأرض من كسب العبد وقيل بل من بيت المال وفيه وجه لا يلزم الموقوف عليه الأرض على القولين لأن امتناعه من التسليم بغير اختياره إذ لا قدرة له على التسليم بحال (ومنها) إذا كان الوقف أمة فولاية تزوجها للموقوف عليه إن قيل أنه يملكها وإن قيل هي ملك لله فالولاية للحاكم فيزوجها باذن الموقوف عليه وإن قيل هي ملك الواقف فهو أولى (ومنها) نظر الواقف إذا لم بشرط له ناظر ضلي القول بملك الموقوف عليه له النظر فيه وعلى القول بأنه ملك لله فنظره للحاكم وظاهر كلام أحمد أن نظره للحاكم وهو قول ابن أبي موسى قال الحارثي وعندى أن هذا القول لا يختص بالقول باتقاء ملك الموقوف عليه بل ينظر فيه الحاكم وإن قلنا ملكه للموقوف عليه لعلاقة حق من يأتي بعد (ومنها) هل يستحق الشفعة وبشركة الوقف فيه طريقان . أحدهما البناء على أنه هل يملكه الموقوف عليه فإن قيل يملكه استحق به الشفعة

والأفلا (والثاني) الوجان بناء على قولنا يملكه وهذا ما قال صاحب المحرر لأن الملك قاصر وهذا كله متفرغ على المذهب في جواز قسمة الوقف من المطلق أما على الوجه الآخر فيمنع القسمة فلا شفعة إذ لا شفعة في ظاهر المذهب إلا فيما يقبل القسمة من المقار وكذلك بنى صاحب التلخيص الوجهين هنا على الخلاف في قبول القسمة (ومنها) لو زرع الناصب في أرض الوقف فهل للموقوف عليه تملكه بالشفعة إن قيل هو المالك فله ذلك والأفلا كالمستأجر ومالك المنفعة فيه تردد سبق ذكره في القواعد (ومنها) حققة الوقف وهي في حقه ما لم يشترط من غيرها فإن لم يكن له غلة فوجان . أحدهما فقته على الموقوف عليه والثاني هي في بيت المسال قليل هامينان على انتقال الملك وعلمه وقد يقال بالوجوب عليه وإن كان الملك لشريه كما قول بوجودها على الموصى له بالمنفعة على وجه (ومنها) لو فضل بعض ولده على بعض في الوقف فالمنصوص الجواز بخلاف الجهة قليل هو بناء على أن الملك لا ينتقل إلى الموقوف عليه فإن قلنا بانتقاله لم يجر كلبية وهو قول أبي الخطاب وغيره وقيل بل يجوز على القولين لأنه لم يخصه بالملك بل جعله ملكاً لجهة متصلة على وجه القرابة وجعل الولد بعض تلك الجهة وشبيه بهذا وقف الرضى على وارثه هل يقف على الأجازة كجهة أم يفد من الثلث لأنه ليس تخصيصاً للوارث بل تملك لجهة متصلة فالوارث بعض أفرادها وفيه روايتان (ومنها) الوقف على نفسه وفي صحته روايتان وبناهما أبو الخطاب على هذا الأصل فإن قلنا الوقف ملك للموقوف عليه لم يصح وقفه على نفسه لأنه لا يصح أن يزيل الإنسان ملك نفسه إلى نفسه وإن قلنا لله تعالى صح (ومنها) الوقف المنقطع هل يعود إلى وريثة الموقوف عليه أو الورثة الواقف فيه روايتان والمنصوص من أحد في رواية حرب وغيره أنه يعود إلى وريثة الموقوف عليه وظاهر كلامه أنه يعود إليهم إلا نألا وقنا وبه جزم الخلال في الجامع وابن أبي موسى وهذا منزل على القول بأنه ملك للموقوف عليه كما صرح به أبو الخطاب وغيره ويشهد له أن أحد في رواية حنبل شبه الوقف بالمعري والرقبي وجعلها لورثة الموقوف عليه كما ترجع المعري والرقبي إلى وريثة المطلق وجعل الخلال حكم الوقف المنقطع والرقبي واحداً وانكر الشيخ محمد الذين هذا البناء وادعى أنه إنما يرجع وفقاً على الورثة فلا يلزم ملك الموقوف عليه وهذا مخالف لنص أحمد لمن تأمله نعم فرق أحمد في رواية أبي طالب بين الوقف المنقطع وبين المعري بأن المعري ملك للمعمر والوقف ليس يملك به شيئاً إنما هو لمن أوقفه يضمه حيث شاء مثل السكنى فهذه الرواية تدل على أن الموقوف عليه لا يملك سوى [منفعة] الرقبة وإن الرقبة ملك الواقف (ومنها) لو وطئ الموقوف عليه الأمة الموقوفة فأولدها فلا حد لأنها أما ملك له أو له فيها شبهة ملك وهل تصير أم ولد له إن قلنا هي ملك له صارت مستولدة له فحق بموته ويؤخذ قبيتها من تركته يشتري بها رقبة أو مكانها تكون وفقاً وإن قلنا لا يملكها لم تصر مستولدة له وهي وقف بجاهها (ومنها) لو تزوج الموقوف

عليه الأمانة الموقوفة فإن قيل هي ملك له لم يصح والا صح ذكره صاحب التلخيص وغيره وفيه نظر فانه يملك منفعة البضع على كلا القولين ولهذا يكون المهر له .

١٠ - [العاشرة] اجازة الورثة هل هي تنفيذ الوصية أو ابتداء عطية في المسألة روايتان معروفان أشهرهما أنها تنفيذ وهذا الخلاف قيل انه مبني على أن الوصية بالزائد على الثلث هل هو باطل أو موقوف على الاجازة وقيل بل هذا الخلاف مبني على القول بالوقف اما على البطلان فلا وجه للتنفيذ وهو أشبه قرر الشيخ تقي الدين ان الوارث إذا استثنى حقه قبل القسمة فانه يسقط وطرد هذا في الاعيان المشاعة كالغنائم إذا استثنى حقه من الغنيمة والموقوف عليه إذا أسقط حقه من الوقف والمضارب إذا أسقط حقه من الربح وأحد الزوجين إذا عفى عن حقه من المهر إذا كان عينا والحق المشاع بالدين في جواز اسقاطه قبل القسمة ولهذا الخلاف فوائد عديدة : (منها) انه لا يشترط لها شروط الهيئة من الايجاب والتقبل والتبض فيصح بقوله أجزت وأخذت ونحو ذلك وان لم يقبل الموصى له في المجلس وان قلنا هي هبة افترقت الى ايجاب وقبول ذكره ان عقيل وغيره وكلام القاضي يقتضي ان في صحتها بلفظ الاجازة إذا قلنا هي هبة وجهين قال الشيخ مجد الدين والصحة ظاهر المنع هل نعتبر أن يكون المجاز معلوماً للمجيز ففي الخلاف للقاضي والمهر هو مبني على هذا الخلاف وصرح بمد ذلك صاحب المهر بأنه لو أجاز قدراً منسوباً من المال ثم قال ظننت المال قليلاً لم يقبل قوله ولا تنافي بينهما الوجهين (أحدهما) أن صحة اجازة المجهول لا يتأني بموت الرجوع اذا تبين فيه ضرر على المجيز لم يعلمه استمراراً لظلالته كما تقول فيمن أسقط شفعت لهني ثم بان بخلافه فان له العود اليها فكذلك هاهنا اذا أجاز الجزء الموصى به يظنه قليلاً فبان كثيراً فله الرجوع بما زاد على ما في ظنه والثاني أنه إذا اعتقد أن النصف الموصى به مثلاً مائة وخمسون درهما فبان ألفاً فهو انما أجاز مائة وخمسين درهما ولم يجز أكثر منها فلا تنفذ اجازته في غيرها وهذا بخلاف ما إذا أجاز النصف كأنما كان فانه يصح ويكون اسقاطاً لحقه من مجهول فينفذ كالأب اوطرقة صاحب المغني أن الاجازة لاتصح بالمجهول ولكن هل يصدق في دعوى الجهالة على وجهين ومن الاصحاب من قال ان قلنا الاجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع وان قلنا هبة فوجهان (ومنها) لو وقف على وارثه فأجازهم فان قلنا الاجازة تنفيذ صحت بالمجهول ولا رجوع وان قلنا هبة فوجهان (ومنها) لو وقف على وارثه فأجازهم فان قلنا الاجازة تنفيذ صح الوقف ولزم وان قلنا هبة فهو كوقف الانسان على نفسه (ومنها) إذا كان المجاز عتقاً فان قلنا الاجازة تنفيذ فالولاية للموصى تختص به عصبته وان قلنا عطية فالولاية لمن أجاز وان كان أنثى (ومنها) لو كان المجيز أباً للمجاز له كمن أوصى لولده ولده فأجازهم ولده فليس للمجيز الرجوع فيه ان قلنا هو تنفيذون قلنا عطية فله ذلك لأنه قد وعى ولده مالا (ومنها) لو

جلف لا يهب فاجاز فان قلنا هي عطية حث والا فلا (ومنها) لو قبل الوصية المفترضة الى الاجازة قبل الاجازة ثم لم يعبث فان قلنا الاجازة تنفيذ فمالك ثابت له من حين قبوله أولا وان قلنا عطية لم يثبت فمالك الا بعد الاجازة ذكره القاضى في خلافه (ومنها) ان ما جاوز الثلث من الوصايا اذا ابيز هل يزاحم بالزائد مالم يجاوزه وهو مبنى على هذا الاختلاف ذكره صاحب المحرر وأشكل توجيهه على الاصحاب وهو واضح فانه اذا كانت متناوصيتان احدهما مجاوزة للثلث والأخرى لا تجاوزه كنصف وثلث وأجاز الورثة الوصية المجاوزة للثلث خاصة فان قلنا الاجازة تنفيذ يزاحم صاحب النصف صاحب الثلث بنصف كامل فيقسم الثلث بينهما على خمسة لصاحب النصف ثلاثة أخماسه والآخر خصاه ثم تكمل لصاحب النصف نصفه بالاجازة وان قلنا الاجازة عطية فانما يزاحم ثلث خاص إذ الزيادة عليه عطية محضة من الورثة لم تلتق من الميث فلا يزاحم بها الوصايا فينقسم الثلث بينهما على نصفين ثم يكمل لصاحب النصف ثلثه بالاجازة وهذا مبنى على أن القول بان الاجازة عطية أو تنفيذ فيفرع على القول بابطال الوصية بالزائد على الثلث وصحتها كما سبق (ومنها) لو اجاز المريض في مرض موته وصية موروثه فان قلنا اجازته عطية فهي متبرعة من ثلثه وان قلنا تنفيذ فطريقان احدهما القطع بانها من الثلث ايضا كذا قال القاضى في خلافه وصاحب المحرر وشبهه بالصحيح اذا حابا في بيع لفيه خيار ثم مرض في مدة الخيار فانه تصير محاباته من الثلث لانه يمكن من استرداد ماله اليه فلم يفعل فقام ذلك مقام ابتداء اخراجه في المرض وظنيره لو وهب لولده شيئا ثم مرض وهو بماله ولم يرجع فيه والطريق الثانى ان المسئلة على وجهين وهى طريقة ابى الخطاب في امتصاره وهما منزلان على أصل الخلاف فى حكم الاجازة وقد ينزلان على أن الملك هل ينتقل الى الورثة فى الموصى به أم يمنع الوصية للانتقال وفيه وجهان فان قلنا يتقل اليهم فالاجازة من الثلث لانه اخراج مال مملوك والا فهمى من رأس ماله لانه امتناع من تحصيل مال لم يدخل بعد فى ملكه وانما تعلق به حق ملكه بخلاف محاباة الصحيح اذا مرض فان المال كان على ملكه وهو قادر على استرجاعه (ومنها) اجازة المفلس وفى المعنى هي نافذة وهو منزل على القول بالتنفيذ ولا يبعد على القاضى فى التالى قبلها ان لا ينفذ وقاله صاحب المعنى فى الشفعة معللا بانه ليس من أهل التبرع .

١١ — [الحادية عشر] الموصى له هل يملك الوصية من حين الموت أم من حين قبوله لها فى المسئلة وجهان معروفاً وعلى القول بانه انما يملكها من حين قبوله فهل هى قبله على ملك الميث أو على ملك الورثة على وجهين ايضا وأكثر الاصحاب على القول بانه ملك للموصى له وهو قول أبى بكر والخضرى ومنصوص أحمد بل نص أحمد فى مواضع على أنه لا يثبت له التبول فيملكه فقرأ كليراث وهو وجه للأصحاب حكاه غير واحد ولهذا الاختلاف فرائد عديدة (فمنها) حكم ثمانية بين

الموت والقبول فإن قلنا هو على ملك الموصى له فهو له لا يحسب عليه من الثلث وإن قلنا هو على ملك الموصى فتوفر به التركة فيزداد به الثلث وإن قلنا هو على ملك الورثة فتأوه لهم خاصة وذكر القاضي في خلافه أن ملك الموصى له لا ينقسم القبول وإن التاه قبله للورثة مع أن العين باقية على حكم ملك الميت فلا يتوفر الثلث لأنه لم يكن ملكاً له حين الوفاة وذكر أيضاً إذا قلنا أنه مراعى وإننا بين قبول الموصى له ملكه له من حين الموت فإن التاه يكون للموصى له متبراً من الثلث فإن خرج من الثلث مع الأصل فما له والا كان له بقدر الثلث من الأصل فإن فضل شيء من الثلث كان له من التاه (ومنها) لو قص الموصى به في سر أوصفة ففي المهر ان قلنا يملكه بالموت اعتبرت قيمته من التركة بسر يوم الموت على أدنى صفاته من يوم الموت إلى القبول لأن الزيادة حصلت في ملكه فلا يحسب عليه والنقص لا يدخل في ضمانه بل هو من ضمان التركة ولهذا لو تلفت العين أو بضمها لبطلت الوصية في التالف وأما نقص الأسعار فلا تضمن عندنا وإن قلنا يملكه من حين القبول اعتبرت قيمته يوم القبول سراً وصفة لأنه لم يملكه قبل ذلك والمقصود عن أحمد في رواية ابن منصور وذكر الخري أنه يعتبر قيمته يوم الوصية ولم يملك صاحب المني فيه خلافاً فظاهره أنه يعتبر يوم الموت على الوجه كلها لأن حقه تلقى بالموصى له تملكتا قطع تصرف الورثة فيه فيكون ضمانه عليه كالسبد الجاني إذا أخر المني عليه استيفاء حقه حتى تلف أو نقص (ومنها) لو كان الموصى به أمة فوطئها الموصى له قبل القبول وبعد الموت فإن قلنا الملك له فهي أم ولده والا فلا ولو وطئها الوارث فإن قلنا الملك له فهي أم ولده ويلزمه قيمتها للموصى له وإن قلنا لا يملكها لم تكن أم ولده (ومنها) لو وصى بامة لزوجها فلم يعلم حتى أولدها أو لداهم قبل الوصية فإن قيل يملكها بالموت فولده حر والأمة أم ولده ويطلق نكاحه بالموت وإن قيل لا يملكها إلا بعد القبول فنكاحه باق قبل القبول ولله رقيق الوارث (ومنها) لو وصى لرجل بابنه فمات الموصى له قبل القبول وقلنا يقوم واره مقامه فيه فقبل ابنه صح وصق وهل يرث من أبيه الميت أم لا إن قلنا يملكه بالموت فقد عتق به فيكون حراً عند موت أبيه فيرث منه وإن قلنا إنما يملكه بعد القبول فهو عند موت أبيه رقيق فلا يرث ولو كانت الوصية بمال في هذه الصورة فإن قلنا ثبتت الملك بالموت فهو ملك للميت فيوفي منه ديونه ووصاياه وعلى الوجه الآخر هو ملك للوارث الذي قبل ذكره في المهر ويخرج فيه وجه آخر أنه يكون ملكاً للموصى له على الوجهين لأن التملك حصل له فكيف يصح الملك ابتداء لغيره ولهذا قول على إحدى الروايتين إن المكاتب إذا مات وخلف وفاء أنه يؤدى من بقية مال الكتابة ويتبين بذلك موته حراً مع أن الحرية لا تثبت للمكاتب إلا بعد الاداء (ومنها) لو وصى لرجل بارض فبنى لوارث فيها وخرس قبل القبول ثم قبل ففي الارشاد ان كان الوارث عالماً بالوصية قلع بناءه فرسه بجائنا

وان كان جاهلاً فلي وجيهين وهو متوجه على القول بالملك بالموت أما ان قيل هي قبول قبل القبول على ملك الوارث فهو كبناء المشتري الشقص المشفوع وغرسه فيكون محترماً بتملك بقبضته (ومنها) لو بيع شقص في شركة الورثة والموصى له قبل قبوله فان قلنا الملك له من حين الموت فهو شريك للورثة في الشفعة وإلا فلا حقه فيها (ومنها) جريانه من حين الموت في حول الزكاة فان قلنا يملكه الموصى له جرى في حوله وان قلنا للورثة فهل يجري في حولهم حتى لو تأخر القبول سنة كانت زكاته عليهم أم لا نصف ملكهم فيه وتزله وتعلق حق الموصى له به فهو كمال المكاتب فيه تردد .

١٢ - [الثانية عشر] الدين هل يمنع انتقال التركة إلى الورثة أم لا ؟ في المسألة روايتان أشهرها الانتقال وهو اختيار أبي بكر والقاضي وأصحابه قال ابن عقيل هي للذهب وقد نص أحد ان المثلث إذا مات سقط حق البايع من عين ماله لأن المال انتقل إلى ورثته والرواية الثانية لا ينتقل ثقلها ابن منصور في رجل مات وترك داراً وعليه دين جاء الغرماء يبتغون المال وقال أحد بنيه أنا أعطى ربع الدين ودحوالى ربع الدار قال أحمد هذه الدار للغرماء لا يرثونها يعنى الأولاد ولا فرق بين ديون الله تعالى وديون الآدميين ولا بين الديون الثابتة في الحياة والمتجددة بعد الموت لسبب منه يقتضى الضمان كحضر بئر ونحوه صرح به القاضي . وهل يعتبر كون الدين محيطاً بالتركة أم لا ظاهر كلام طائفة اعتباره حيث فرضوا المسألة في الدين المستغرق وكلام أبي الخطاب في انتصاره كالصرح في قيمته ومنهم من صرح بالمنع من الانتقال وان لم يكن مستغرقاً ذكره في مسائل الشفعة وعلى القول بالانتقال فيتملى حق الغرماء بها جميعاً وان لم يستغرقها الدين صرح به صاحب الترضيب وهل تعلق حقهم بها تعلق رهن أو جناية فيه خلاف يتحدر بتحرير مسائل (أحداها) هل يتعلق جميع الدين بالتركة وبكل جزء من أجزائها أو يقتسط ؟ صرح القاضي في خلافه بالأول ان كان الوارث واحداً وان كان متمدداً انقسم على قدر حقوقهم وتعلق بمحصاة كل وارث منهم قسطها من الدين وبكل جزء منها كالسيد المشترك إذا رهنه الشريكان دين عليهما (والثانية) هل يمنع هذا التعلق من نفوذ التصرف وسنذكره والثالثة هل يتناقض الدين بين التركة مع الذمة فيه للأصحاب ثلاثة أوجه . أحدها ينتقل إلى ذمة الورثة قاله القاضي وأبو الخطاب في خلافتها وابن عقيل ومنهم من قيده بالموجل ومنهم من خصه بالقول بانتقال التركة إليهم . والثاني هو باق في ذمة الميت ذكره القاضي أيضاً والأمدى وابن عقيل في فونه وصاحب المنى وهو ظاهر كلام الأصحاب في ضمان دين الميت . والثالث يتناقض باعيان التركة فقط قاله ابن أبي موسى ورد بازوم براءة ذمة الميت فيها بالثانف وإذا عرف هذا قلنا الاختلاف فوائده : (منها) نفوذ تصرف الورثة فيها بيع أو غيره من العقود فان قلنا بعدم الانتقال إليهم ولا إشكال في عدم النفوذ ، وان قلنا بالإنتقال فوجب ان أحدها لا ينفذ قاله القاضي في المهر وابن عقيل في باب الشركة

من كتابيهما وحل القاضي في غير المبرد رواية ابن منصور على هذا والثاني ينفذ قاله القاضي وابن عقيل أيضاً في الرهن والتسمة وجلاء المذهب وانما يجوز لهم التصرف بشرط الضمان قاله القاضي قال ومضى على الورثة بين التركة وبين الغرماء سقطت مطالبتهم بالدين ونصب الحاكم من يوفيه منها ولم يملكها الغرماء بذلك وهذا يدل على أنهم إذا تصرفوا فيها طولبوا بأبواب كلها كإتقوا في سيد الجاني إذا فداها عنه ينفذه بارش الجناية بالغاً ما يبلغ على رواية وكلام أحد في رواية البرزاطي هاهنا يدل عليه وسنذكره وفي السكافي إنما بضمنون أقل الأمرين من قيمة التركة أو الدين وعلى الأول ينفذ المقتض خاصة كمتق الراهن ذكره أبو الخطاب في انتصاره وحكى القاضي في المبرد في باب المتق في نفوذ المتق مع عدم العلم بالدين وجهه وإنه لا ينفذ مع العلم وجعل صاحب السكافي أخذها أن حقوق الغرماء المتعلقة بالتركة هل يملك الورثة استقاطها بالتزامهم الاداء من عندهم أم لا ورواية ابن منصور السابقة تدل على أنهم لا يملكون ذلك وفي النظريات لابن عقيل أن حق الورثة إنما ينفذ مع يسارهم دون إعصارهم اعتباراً بتق موروثهم في مرضه لأن موروثهم كل ما سلكه ثابته فيها بغير خلاف ولا ينفذ حقه مع الإعصار فلأن لا ينفذ حقه مع إعصارهم مع الاختلاف في ملكهم أولى وهل يصح رهن التركة عند الغرماء قال القاضي في المبرد لا يصح وعال بأنها كالرهنونة عندهم بحقههم والمروهن لا يصح رهنه وبأن التركة ملك للورثة فلا يصح رهن ذلك الغير بنهر أذنه فصل التحليل الأول لا يصح رهن الورثة لها من الغرماء وإن قيل هي ملكهم وعلى الثاني ينبغي أن يصح رهن الموصى لها إذا قلنا ليست ملكاً للورثة (ومنها) ناء التركة فإن قلنا لا ينتقل إلى الورثة تعلق حق الغرماء بالهاء كالأصل وإن قلنا ينتقل إليهم فهل يتعلق حق الغرماء بالهاء على وجهين وقد سبق بسط هذه المسئلة في قاعدة الهاء (ومنها) لو مات رجل عليه دين وله مال زكوى فهل يتبدى الورثة حول زكاته من حين موت موروثه أم لا إن قلنا لا تنتقل التركة إليه مع الدين فلا إشكال في أنه لا يجرى في حوله حتى ينتقل إليه وإن قلنا ينتقل ابنه على أن الدين هل هو مضمون في ذمة الوارث أو هو في ذمة الميت خاصة فإن قلنا الدين في ذمة الوارث وكان مما يمنع الزكاة ابنه على أن الدين المانع هل يمنع انعقاد الحول من ابتدائه أو يمنع الوجوب في انتهائه خاصة فيه روايتان محكمتان في شرح الهداية والمذهب أنه يمنع الانعقاد فيمتنع انعقاد الحول على مقدار الدين من المال وإن قلنا يمنع وجوب الزكاة في آخر الحول منع الوجوب هاهنا آخر الحول في قدره أيضاً وإن قلنا ليس في ذمة الوارث شيء فظاهر كلام اصحابنا أن تعلق الدين بالمال مانع وسنذكره (ومنها) لو كان له شجر وعليه دين فأتى فيها صورتان . أحدهما أن يموت قبل أن يسر ثم أثمرت قبل الوفاء فينبى على أن الدين هل يتعلق بالهاء أم لا ؟ فإن قلنا يتعلق به خرج على الخلاف في منع الدين الزكاة في الأموال الظاهرة وإن قلنا لا يتعلق به فالزكاة على الوارث

وهذا كله بناء على القول بانتقال الملك اليه أما إن قلنا لا ينتقل فلا زكاة عليه الا أن ينفك التعلق قبل بدو صلاحه . الصورة الثانية أن يموت بعد ما أثمرت فينتقل الدين بالثمرة ثم إن كان موته بعد وقت الوجوب فقد وجبت عليه الزكاة إلا أن نقول إن الدين يمنع الزكاة في المال الظاهر وإن كان قبل وقت الوجوب فإن قلنا تنتقل التركة الى الورثة مع الدين فالحكم كذلك لأنه مال لهم تعلق به دين ولا يسا ان قلنا إنه في قمتهم وإن قلنا لا تنتقل التركة اليهم فلا زكاة عليهم وهذه المسئلة تدل على أن التماس المنفصل يتعلق به حق الغرماء بغير خلاف (ومنها) لو مات وله عبيد وعليه دين وأهل هلال الفطر فإن قلنا لا ينتقل الملك فلا فطرة لهم على أحد وإن قلنا ينتقل ففطرهم على الورثة (ومنها) لو كانت التركة حياً فإن قلنا بالانتقال الى الورثة فالتسقة عليهم والا فن التركة كمؤنته وكذلك مؤنة المال كأجرة الحزن ونحوه (ومنها) لو مات المدين ولم يتقص فباع شريكه نصيبه قبل الوفاء فهل للورثة الاخذ بالشفعة ان قلنا بالانتقال اليهم فلمهم ذلك والا فلا ولو كان الوارث شريك الموروث ويبيع نصيب الموروث في دينه فإن قلنا بالانتقال فلا شفعة للوارث لأن البيع وقع في ملكه فلا يملك استرجاعه وإن قيل بعده فله الشفعة لأن المبيع لم يكن في ملكه بل في شركته (ومنها) لو وطئ الوارث الجارية الموروث والدين يستغرق فأودعها فإن قلنا هي ملكه فلا حد ويلزمه قيمتها يوفي بها الدين كما لو وطئ الزاهن وإن قلنا ليست ماله فلا حد أيضاً لشبهة الملك فانه يملكها بالنكاح فهي كالأهنة وعليه قيمتها ومهرها يوفي بها الدين ذكره أبو الخطاب في اقتصاره فائدة الخلاف حيث وجوب المهر (ومنها) لو تزوج الابن أمة أبيه ثم قال لها إن مات أبي فأنت طالق وقال أبوه إن مت فأنت حرة ثم مات وعليه دين مستغرق لم تعتق لاستغراق الدين للتركة فلا تملك لبيت لينفذ منه التلق وهل يقع الطلاق قال القاضي في المجرى نعم وعال بأنه لم يملكها فهي باقية على نكاحه وقال ابن عقيل لا تطلق لأن التركة تنتقل إلى الورثة فيسبق الفسخ الطلاق فالوجهان مبنيان على الانتقال وعدمه وكذلك لو لم يديرها الأب سواء وفي المذهب وجه آخر بالوقوع وإن قيل بالانتقال حتى ولو لم يكن دين بنى على ما سبق من الطلاق للفسخ وقد ذكرناه في القواعد (ومنها) لو أقر شخص فقال له في ميراثه ألف فالشهور انه متناقض في إقراره وفي التلخيص يحتمل أن يلزمه اذ المشهور عندنا أن الدين لا يمنع الميراث فهو كما لو قال له في هذه التركة ألف فانه إقرار صحيح وعلى هذا فإذا قلنا بمنع الدين الميراث كان مناقضاً بغير خلاف (ومنها) لو مات وترك ابنتين وألف درهم وعليه ألف درهم دين ثم مات أحد الابنتين وترك ابناً ثم أبرأ الغريم للورثة فذكر للقاضي انه يستحق ابن الابن نصف التركة بميراثه من أبيه وذكره في موضع إجماعاً وعلة في موضع بأن التركة تنتقل مع الدين فانتقل ميراث الابن إلى أبيه وهذا ينهم منه انه على القول بمنع الانتقال يخص به ولد الصلب لانهم الباقي من الورثة وابن الابن ليس

يوارث ماله والتركه لم تنقل إلى أبيه وإنما انتقلت بعد موته ويشهد لهذا ما ذكره صاحب المحرر في الوصية إذا مات الموصي له وقبل وارثه فإنه يملكه هو دون موروثه على قولنا بذلك الوصية من حين القبول (ومنها) رجوع بائع المفلس في عين ماله بعد موت المفلس ويحتمل بناؤه على هذا الخلاف فإن قلنا ينتقل إلى الورثة امتنع رجوعه وبه حال الامام أحمد وإن قلنا لا ينتقل يرجع به لاسيا والحق هنا متعلق في الحياة تعلقاً متناً كماً ومن المحب أن عن أحمد رواية بسقوط حق المرتهن من الرهن بموته فيكون أسوة الغرماء كغيرهم المفلس حكاهما القاضي وابن عقيل وهذا عكس ما نحن فيه (ومنها) ما نقل البرزاعلي عن أحمد أنه سئل عن رجل مات وخلف ألف درهم عليه الغرماء أكثر من ألف درهم وليس له وارث غير ابنه فقال ابنه لفرمائه اتركوا هذا الألف في يدي وأخروني في حقوقكم ثلاثين حتى أوفىكم جميع حقوقكم قال إذا كانوا استحقوا قبض هذه الألف وإنما يؤخرونه ليوفيههم لأجل أن يتركها في يدي بهذا لا خير له فيه إلا أن يقبضوا الألف منه ويؤخرونه في الباقي ما شاؤا قال بعض شيوخنا فتخرج منه الرواية على القول بأن التركه لا تنتقل قال وإن قلنا تنتقل إليهم جاز ذلك وهو أيسر بالمذهب وتوجيه ما قال إن حق الغرماء في عين التركه دون ذمة الورثة فإذا اسقطوا حقهم من التعلق بشرط أن يوفيههم الورثة بقية حقوقهم فهو إسقاط بموضع غير لازم للوارث فإن قيل بانتقال التركه إلى الوارث فقد أذن له في الانتفاع بماله بموضع يلزمه له في ذمته وإن قيل بعدم الانتقال فهو شبيه بتسليمه أئناً بألفين إلى أجل وإن لم يكن تمليكا مع أن قول أحمد لا خير فيه ليس تصريحاً بالتحريم فيحتمل السكر اهـ قوله ويؤخرونه في الباقي ما شاؤا يدل على أن الورثة إذا تصرفوا في التركه صاروا ضامنين لجميع الدين في ذمتهم فيطالبون به ومتى كان الدين في ذم الورثة قوى الجواز لأن انتقاله إلى ذمتهم فرع انتقال التركه إليهم فيبقى للمفلس إذا طلب من غرمائه الإسهال وإسقاط حقوقهم من أعيان ماله ليوفيههم إياها كاملة إلى أجل (ومنها) ولاية المطالبة بالتركه إذا كانت ديناً ونحوه هل للورثة خاصة أم للغرماء والورثة قال أحمد في رواية عبد الله في رجل مات وخلف وديعة عند رجل ولم يوص إليه بشيء وخلف عليه ديناً يجوز لهذا المودع أن يدفع إلى ولد الميت فقال إن كان أصحاب الدين جميعاً يعلمون أنه مودع ويخاف تبعضهم أن يرجعوا عليه ليخطفوا جميع أصحاب الدين والورثة يسلم إليهم ويقتل صالح نحوه وهذا يدل على أن للغرماء ولاية المطالبة والرجوع على المودع إذا سلم الوديعة إلى الورثة وحمله القاضي على الاحتياط قال لأن التركه ملك للورثة ولم الوفاء من غيرها وظاهر كلامه إن قلنا التركه ملك لهم فالهم ولاية الطلب والتبض وإن قلنا ليست ملكاً لهم فليس لهم الاستقلال بذلك وقال الشيخ محمد الدين عندى إن نص أحمد على ظاهره لأن الورثة والغرماء متعلقون بحقوقهم بالتركه كلهم والجاني فلا يجوز الدفع إلى بعضهم قال وإنما المشكل أن مفهوم كلامه جواز الدفع إلى الورثة بمفردهم ولعله أراد إذا

وفق بوقيتهم الدين (الحنفي) ولا يجب أن حقوق الورثة تتعلق بها أيضاً وإن قلنا لا ينتقل اليهم وهم قائمون مقام الوصي عند عدمه أيضاً في إغائته الديون وغيرها عند طائفة من الاصحاب فالتوجه هو الدفع الى الورثة والغرماء جميعهم ولا يملكون الدفع الى الغرماء باقتراضهم بكل حال وقد نص أحد في رواية منها فيمن عدده ودية وصي بها زوجها لرجل ثم مات ان المودع لا يدفعها الى الوصي له فان فعل ضمن ولكن يجنب الورثة والموصي له فان أجازوا والدفع اليهم جميعاً ولمل هذا فيما اذا لم يثبت الوصية في الظاهر وإنما المودع يدهي ذلك أو أنها لا تخرج من الثلث وكذلك قال أن أجازوا لغير الورثة والا فالدين الموصي بها اذا خرجت من الثلث لاحق فيها للورثة ولا تنتقل اليهم بكل حال على الصحيح وفي المحرر ان من عليه دين يوصي به لمعين فهو غير ان شاء دفعه الى الوصي وان شاء دفعه الى الوصي له بخلاف الوصية المطلقة فانه لا يبرأ بدون الدفع الى الوارث والوصي جميعاً لانها كالدين وقد نص أحمد أيضاً في رواية أبي طالب فيمن عليه دين لميت وعلى الميت دين فقضا وبه عنه انه يجوز في الباطن دون الظاهر ووجهه القاضي بأن الورثة لاحق لهم في ذلك المال الذي في مقابلة الدين فلا يكون متصرفاً في حقوقهم وهذا متوجه على القول بأن التركة لا تنتقل اليهم مع الدين فلا يكون القضاء من أموالهم ويرجع ذلك الى أن كل مال مستحق يجوز دفعه الى مستحقه مع وجود من له ولاية القبض وقد سبق ذكره في القواعد .

١٣ - [الثالثة عشرة] التدبير هل هو وصية أو عتق بصفة في المسألة روايتان يذني عليهما فوائد كثيرة : (منها) لو قتل المدير سيده هل يمتق وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الروايتين ان قلنا هو عتق بصفة عتق وان قلنا وصية لم يمتق لأن المذهب ان الوصي له اذا قتل الوصي بعد الوصية لم يمتق وهي طريقة ابن عقيل وغيره والثانية انه لا يمتق على الروايتين وهي طريقة القاضي لانه لم يملكه على موته يقتله إياه (ومنها) بيع المدير وهبته والمذهب الجواز لانه وصية أو تعليق بصفة وكلاهما لا يمنع نقل الملك قبل الصفة وفيه رواية أخرى بالمنع بناء على أنه عتق بصفة فيكون لازماً كاستيلاء (ومنها) اعتباره من الثلث على المذهب لانه وصي وقيل حبيل أنه من رأس المال وهو يخرج على أنه عتق لازم كاستيلاء (ومنها) ابطال التدبير والرجوع عنه بالقول وفي صحته روايتان بتامهما الخرق والاصحاب على هذا الاصل فان قيل هو وصية جاز الرجوع عنه وان قلنا عتق فلا والقاضي وأبي الخطاب في تعليلهما طريقة أخرى أن الروايتين هنا قيل قولنا انه وصية لانه وصية تحت بالموت من غير قبول بخلاف بنية الوصايا وهو منتقض بالوصية لجهات البر ولا في الخطاب في الهداية طريقة ثالثة وهي بناء هاتين الروايتين على جواز الرجوع بالبيع لما ان قلنا يتمتع الرجوع بالفعل فالقول أولى (ومنها) لو باع المدير ثم اشتراه فهل يكون يمينه رجوعاً فلا يعود تدييره أو لا يكون رجوعاً فيعود فيه روايتان أيضاً بتامهما القاضي والاكثر على هذا الاصل فان قلنا التدبير وصية بطات بخروجه

عن ملكه ولم يمد نفوذه وإن قلنا هو تسليم بصفة عاد يعود الملك بناء على أصلنا في عود الصفة يعود الملك في العتق والطلاق وطريقة أخرى وطائفة من الأصحاب أن التدبير يعود يعود الملك هاهنا رواية واحدة بخلاف ما إذا أبطل تدبيره بالقول وهو يتنزل على أحد أمرين أما أن الوصية لا تبطل بزوال الملك مطلقاً بل تعود يعود وأما أن هذا حكم الوصية بالعتق خاصة (ومنها) لو قال عبدى فلان حر بعد موتى بسنة فهل يصح ويمتق بعد موته بسنة أم يبطل ذلك ؟ على روايتين بناهما طائفة من الأصحاب على هذا الأصل فإن قلنا التدبير وصية صح تقيدها بصفة أخرى توجد بعد الموت وإن قلنا حتى بصفة لم يصح ذلك هؤلاء قالوا لو صرح بالعتق فقال إن دخلت الدار بعد موتى بسنة فأنت حر لم يمتق رواية واحدة وهى طريقة ابن عقيل في إشاراته والصحيح أن هذا الخلاف ليس مبني على هذا الأصل فإن التدبير والتعليق بالصفة إنما يبطل بالموت مع الإطلاق لأن مقتضى الإطلاق وجود الصفة في حياة السيد فأما مع التنفيذ بما يمنع بعد الموت فتنفذ به ومن الأصحاب من جعل هذا المقد تدبيراً ومنهم من ينفي ذلك ولهم في حكاية الخلاف فيه أربعة طرق قد ذكرناها في غير هذا الموضع (ومنها) لو كاتب مدبرة فهل يكون رجوعاً عن التدبير إن قلنا التدبير عتق بصفة لم يكن رجوعاً وإن قلنا هو وصية أنبنى على أن كتابة الموصى به هل تكون رجوعاً فيه وجهان أشهرهما أنه رجوع والمشهور في المذهب أن كتابة المدير ليست رجوعاً عن تدبيره ونقل ابن الحكم عن أحمد ما يدل على أنه رجوع (ومنها) لو وصى بعبد ثم دبره ففيه وجهان أشهرهما أنه رجوع عن الوصية والثاني ليس رجوع فعلى هذا فائدة الوصية به أنه لو أبطل تدبيره بالقول لاستحققه الموصى له ذكره في المنقح وقال الشيخ تقي الدين يبنى على أن التدبير هل هو عتق بصفة أو وصية فإن قلنا هو عتق بصفة قلم على الموصى به وإن قلنا هو وصية فقد ازدحمت وصيتان في هذا المبد فينبى على أن الوصايا المزدحمة إذا كان بعضها عتقاً هل يقدم أو يتحاص العتق وغيره على روايتين فإن قلنا بالخاصة فهو كما لو دبر نصفه ووصى بنصفه ويصح ذلك على المنصوص (اتمى) وقد يقال الموصى له إن قيل لا يملك حتى يقبل فقد سبق زمن العتق لزمن ملكه فينفذ وإن قيل يملك من حين الموت فقد تقارن زمن ملكه زمن العتق فينبى تقديم العتق كائنص عليه أحمد في مسألة من عتق عبده يبيعه (ومنها) الوصية بالمدير والمذهب أنها لا تصح ذكره القاضي وأبو الخطاب في خلافهما لأن التدبير الطارىء إذا أبطل الوصية على المشهور فكيف يصح طريان الوصية على التدبير ومزاحمتها له وبني الشيخ هذه المسائل أيضاً على الأصول السابقة (ومنها) ولد المدبرة والمشهور أنه يتبعها في التدبير كما ولدته بعده سواء كان موجوداً حال التعليق أو العتق أو حادثاً بينهما وحكى القاضي في كتاب الروايتين في تبعه الولد روايتين وبناهما على أن التدبير هل هو عتق لازم كالاستيلاء ومن هنا قال أبو الخطاب في انتصاره

تسمية الولد مبنى على لزوم التدبير وخرج أبو الخطاب وجها أنه لا يتبعها الحادث بينهما وإنما يتبعها إذا كان موجودا معها في أحدهما من حكم ولد الملق عنها بصفة بناء على أن التدبير يتعلق بصفة فينبى على هذا أن يخرج طريقة أخرى أنه لا يتبعها الولد الحادث بينهما بغير خلاف وإنما كان موجودا في أحد الحالين فحل يتبعها على وجهين بناء على أن التدبير وصية وحكم ولد الموصى بها كذلك وعند الأصحاب (ومنها) لو جحد السيد التدبير فالنصوص عن أحد أنه ليس يرجوع وقال الأصحاب إن قلنا هو عتق بصفة لم يكن رجوعا وإن قلنا هو وصية فوجهان بناء على أن جحد الموصى الوصية هل هو رجوع أم لا . ١٤ - [الرابطة عشر] فتحة الحامل هل هي واجبة لها أو لحملها في المسألة روايتان مشهورتان أصحهما أنها للحمل وهي اختيار الخرق وأبي بكر ، وينبى عليها فوائد . (منها) إذا كان أحد الزوجين رقيا ، فإن قلنا الفتنة للزوجة وجبت لها على الزوج لأن فتنة زوجة البعد في كسبه أو تعلق بركته حكاها ابن المنذر إجماعا وفي الهداية فتنة زوجته على سيده فتجب هانئا على السيد وإن قلنا : للحمل لم تجب عليه لأنه إن كان هو الرقيق فلا يجب عليه فتنة أقاربه وإن كانت هي الرقيقة فالولد مملوك لسيد الأمة فتفتنه على ماله . (ومنها) إذا كان الزوج مصرأ فإن قلنا الفتنة للزوجة وجبت عليه وإن قلنا للحمل لم تجب عليه لأن فتنة الأقارب مشروطة باليسار دون فتنة الزوجة . (ومنها) لو مات الزوج فهل يلزم أقاربه الفتنة إن قلنا هي للحمل لزمت الورثة وإن قلنا هي للزوجة لم يلزمهم بحال . (ومنها) لو غاب الزوج فهل تثبت الفتنة في ذمته فيه طريقان . أحدهما إن قلنا هي للزوجة تثبت في ذمته ولم تسقط بمضي الزمان على المشهور من المذهب وإن قلنا : هي للحمل سقطت لأن فتنة الأقارب لا تثبت في القيمة والثاني لا تسقط بمضي الزمان على الروايين وهي طريقة المفتي وعمل بأنها مصروفة إلى الزوج وتعلق حقة بها فهي كفتنتها . ويشهد له قول الأصحاب لو لم ينق عليها يظن أنها حائلا ثم تبين أنها حامل لزم فتنة الماضي [(ومنها) إذا اختلعت الحامل بنقتهما فهل يصح جعل الفتنة عوضا للخلع . قال الشيرازي : إن قلنا الفتنة لها نصيب وإن قلنا للحمل لم تصح لاتها لم تملكها . وقال القاضي والأكثر : يصح على الروايين لاتها مصروفة إليها وهي المنتفعة بها] (ومنها) لو نثرت الزوجة حاملا فإن قلنا فتنة الحمل لها سقطت بانقضاء وإن قلنا للحمل لم تسقط به . (ومنها) الحامل من وطء الشبه أو نسكاح فاسد هل تجب فتنتها على الوطء أن قلنا الفتنة لها لم تجب لأن الفتنة لا تجب الموطوءة بشبهة ولا في نسكاح فاسد لأنه لا يتمكن من الاستمتاع بها الآن يسكنها في منزل يليق بها تحصينا لما فيه من ذلك ذكره في المحرر وتجب لها الفتنة حينئذ ذكره الشيخ تقي الدين . وإن قلنا : الفتنة للحمل وجبت لأن اتسب لاحق بهذا الوطء ونصر أحد في رواية ابن الحكم على وجوب الفتنة لها وقال الشيخ تقي الدين يتوجه وجوب الفتنة لها مطلقا من غير حل كما يجب

لها المهر المسعى ويقرر بالخلو على المنصوص لانها محبوسة عليه في العقد الفاسد ولا تزوج عندنا بدون طلاقه وقاسه على البعد القبروص بقصد فاسد ولو أزم حاكم بالنفقة في النكاح الفاسد المختلف فيه لاحتداد صحته فلزوج الرجوع بالنفقة عند من يرى فساد ذكره القاضي في المبرد وذكر صاحب المنى احتمالا بعدم الرجوع لانه نقض للحكم المختلف فيه ولا يجوز ما لم يخالف كتابا أو اجماعا وذكر في المنى أيضا انه لو اتفق في النكاح الفاسد من غير حاكم لم يرجع لانه ان علم فساد كان متبرعا وان لم يعلم فهو مفطر (ومنها) لو كان الحمل موسرا بأن يوصى له بشيء فيقبله الاب فان قلنا النفقة له سقطت نفقته عن أبيه وان قلنا لأمه لم تسقط ذكره القاضي في خلافه (ومنها) لو دفع اليها النفقة خلفت بغير تفریط فان قلنا النفقة لها لم يلزم بدنها وان قلنا للحمل وجب إبدالها لان ذلك حكم نفقة الاقارب (ومنها) لو اعتق الحامل من ملك يمينه فهل يلزمه نفقة؟ ان قلنا النفقة لها لم تجب الا حيث تجب نفقة المتق وان قلنا النفقة للحمل وجبت بكل حال (ومنها) فطرة المطلقة الحامل ان قلنا النفقة لها وجبت لها الفطرة وان قلنا للحمل فطرة الحمل على أبيه غير واجبة على الصحيح (ومنها) هل تجب السكنى للمطلقة الحامل ان قلنا النفقة لها فلها السكنى أيضا وان قلنا للحمل فلا سكنى لها ذكره الحلواني في التبصرة (ومنها) نفقة المتوفى عنها اذا كانت حاملا وفي وجوبها روايتان بناهما ابن الزاخرى على هذا لانه قال : فان قلنا النفقة للحمل وجبت من اتركه كما لو كان الاب حيا وان قلنا للمرأة لم تجب وهذا لا يصح لان نفقة الاقارب لا تجب بعد الموت والأظهر ان الامر بالعكس وهو ان قلنا للحمل لم تجب للمتوفى عنها لهذا المعنى وان قلنا للمرأة وجبت لأنها محبوسة على الميت لحقه حجب نفقتها من والده وقد سبق ذكر ذلك في قاعدة الحمل. هل لهحكم أم لا ؟ (ومنها) البائن في الحياة يفسخ أو طلاق إذا كانت حاملا فلها النفقة وحكى الحلواني وإبنيه رواية أنه لا نفقة لها كالتوفى عنها وخصها إبنة بالمبتوتة بالثلاث وبناتها على أن النفقة للمرأة والمبتوتة لا تستحق نفقة وإنما تستحق النفقة إذا قلنا هي للحمل وهذا متوجه في القياس إلا أنه ضعيف مخالف للنص والاجماع فيها ألغن ووجوب النفقة للمبتوتة الحامل يرجح القول بأن النفقة للحمل (ومنها) لو تزوج امرأة على أنها حرة فبان أمة وهو ممن يباح له نكاح الأيماء ففسخ بعد الدخول وهي حامل منه ففي كتاب النكاح من المبرد هو النكاح الفاسد إن قلنا النفقة للحمل وجبت على الزوج وإن قلنا للحامل لم تجب عليه وذكر في النفقات ما يدل على وجوبها على الروايتين وهو الصحيح لأن هذا نكاح صحيح يلزم فيه النفقة وفي عدته (ومنها) لو وطئت الرجمية بشبهة أو نكاح فاسد ثم بان بها حل يمكن أن يكون من الزوج والواطي فيلزم أن تعتد بعد وضعه عدة الواطي فأما نفقتها في مدة هذه العدة فان قلنا النفقة للحمل فليجها النفقة عليها حتى تضع لأن الحمل لأحدهما يقينا ولا نعلم عنه ولا ترجع

المرأة على الزوج بشيء من الماضي وإن قلنا الثقة للعامل فلا ثقة لها على واحد منها مدة الحمل لأنه يحتمل أنه من الزوج فيلزمه الثقة ويحتمل أنه من الآخر فلا ثقة لها (عليه) فلا يجب بالشك فإذا وضحه فقد علمنا أن الثقة على أحدهما وهو غير معين فيلزمها جميعا الثقة حتى ينكشف الأب منها وترجع المرأة على الزوج بعد الوضع بثقة أقصر المدينتين من مدة الحمل أو قدر ما بقي من المدة بعد الوطء الفاسد لأنها تمتد عنه بأحدهما قطعاً ثم إذا زال الاشكال والحقت الثقة بأحدهما بعينه عمل بمقتضى ذلك فإن كان معها وفق حقها من الثقة وإلا رجعت على الزوج بالفضل ولو كان الطلاق بائناً فالحكم كما تقدم في جميع ما ذكرنا إلا في مسألة واحدة وهي أنه لا ترجع المرأة بعد الوضع بشيء على الزوج سواء قلنا الثقة للحمل أو للحامل لأن الثقة لا تستحق مع البينة إلا بالحمل وهو غير متحقق هنا أنه منه بخلاف الرجعية ذكر ذلك كله القاضي في المهرود . ولو قيل في صورة الرجعية إذا قلنا الثقة للحمل إنها يجب على من خرجت عليه اقترعة من الزوج والواطي وكذا بعد الوضع وقبل ثبوت نسبه من أحدهما ليووجه إلا أن يقال يحتمل أن يكون منهما جميعا فتستحق القرعة على أحدهما لذلك متى ثبت نسبه من أحدهما فقال القاضي في موضع من المهرود يرجع عليه الآخر بما أنفق لأنه لم ينفق متبرعا وقيد في موضع آخر منه بأنه يشترط الرجوع وينفق باذن الحاكم فإن شرط الرجوع وأنفق من غير إذن حاكم فليس رويتهن كقضاء الدين وقد ذكرنا ذلك مستوفى في القواعد والصحيح هنا الرجوع مطلقاً لأنه واجب عليه في الظاهر وقد ذكر صاحب المدينى أن الملاءمة لو أنفقت على الولد ثم استلحقه الملاءم رجعت عليه لأنها إنما أنفقت لظنها أنه لا أب له وأما إذا قلنا الثقة للحامل فإنما نوجب لها الثقة على واحد منها لأن الحامل لا ثقة لها على الواطي . بشبهة أوفى نكاح فاسد كما سبق والزواج ليس بمتضمن الاستمتاع بها في حالة الحمل لأن الرجعية إذا حلت في عدة من شعبة أقطعت عدة الزوج من مدة الحمل وحرم على الزوج الاستمتاع بها وهل له رجعتها في هذه المدة لبراءة بقية عدته عليها على وجهين وجزم القاضي في خلافه بالمنع . وجب صاحب المنى الجواز على الوجهين لا ثقة لها لتحريم الاستمتاع بها على الزوج سواء كانت مكنت من الوطء أو لا فإنه لو غصبها غاصب فلا ثقة لها .

١٥ [الخامسة عشرة] الفلز المد هل موجه القود عنها أو أحد أمرين في المسألة روايتان وقد سبق ذكرهما وفرداهما في القواعد بما يشئ عنه

١٦ [السادسة عشرة] المرتد هل يزول ملكه بالردة أم لا في المسألة روايتان إحداهما لا يزول ملكه بل هو باق عليه كلستبر على عصمته واثانية تزول وفي وقت زواله روايتان إحداهما من حين موته مرتداً والثانية من حين ودته فإن أسلم أعيد إليه . والله أعلم جديداً وهي اختيار أبي بكر وابن أبي موسى وفيه

رواية ثالثة أتت تبين بمرته مرتدا زوال ملكه من حين الردة ولهذا الاختلاف فوائد كثيرة (منها) لو ارتد في أثناء حول الزكاة فإن قلنا زال ملكه بالردة انقطع الحول بشير ترد . وإن قلنا لا يزول فالمشهور أن الزكاة لا تجب عليه وإن عاد إلى الإسلام فينقطع الحول أيضا لأن الإسلام من شرائط وجوب الزكاة فيعتبر وجوده في جميع الحول . وحكي ابن شاقلا رواية أنه تجب عليه الزكاة إذا عاد لما مضى من الأشغال واختارها ابن عقيل وإن ارتد بعد الحول لم تسقط عنه إلا إذا عاد إلى الإسلام وقلنا إن المرتد لا يلزمه قضاء ما تركه قبل الردة من الواجبات والصحيح من المذهب خلافه (ومنها) لو ارتد للمسرثم أبسر في زمن ارتداده ثم عاد إلى الإسلام وقد أصغر فإن قلنا إن ملكه يزول بالردة لم يلزمه الحج باليسار السابق وإن قلنا لا يزول ملكه فهل يلزمه الحج بذلك اليسار ينبنى على وجوب العبادات عليه في حال الردة وإزامه قضاءها بعد عوده إلى الإسلام والصحيح عدم الوجوب فلا يكون بذلك مستطيعاً (ومنها) حكم تصرفاته بالمعوضات والتبرعات وغيرها فإن قلنا لا يزول ملكه بحال فهي صحيحة نافذة وإن قلنا يزول بموته أقر المال بيده في حياته ونفنت معاوضاته ووقفت تبرعاته المنجزة والمعلقة بالموت فإذا مات ردت كلها وإن لم تبلغ الثلث لأن حكم الردة حكم المرض الخوف وأما لم تنفذ من ثلثه لأن ماله بصير فيجاء بموته مرتداً وإن قلنا يزول ملكه في الحال جمل في بيت المال ولم يصح تصرفه فيه بحال لكن إن أسلم ود إليه ملكاً جديداً وإن قلنا هو موقوف مراعى حفظ الحاكم ماله ووقفت تصرفاته كلها فإن أسلم أمضيت ولا يتبين فسادها (تنبيه) إنما تبطل تصرفاته لنفسه في ماله ولو تصرف لغيره بالوكالة صح ذكره القاضي وابن عقيل لأن إبطال تصرفاته إنما هو لزوال ملكه ولا أثر لذلك في تصرفه بالوكالة نعم لو كان قد وكل وكيلاً ثم ارتد وقلنا يزول ملكه بطلت وكلته ولو تصرف لنفسه بنكاح لم يصح لأن الردة تمنع الإقرار على النكاح وإن زوج موليته لم يصح لزوال ولايته بالردة حتى عن أمته الكافرة (ومنها) لو باع شقصاً مشغوعاً في الردة فإن قلنا بصحة بيعه أخذ منه بالشفعة والأفلا ولو بيع في زمن رده شقص فبطل في تركه فإن قلنا ملكه باق أخذ بالشفعة والأفلا (ومنها) لو حاز مباحاً أو عمل عملاً بأجرة فإن قلنا ملكه باق ملك ذلك وإن قلنا زال ملكه لم يملكه فإن عاد إلى الإسلام بعد ذلك فهل يعود ملكها إليه؟ فيه احتمالان مذكوران في المنع (ومنها) الوصية له وفي صحته وجهاً بناء على زوال ملكه وبقائه فإن قلنا زال ملكه لم تصح الوصية له وإلا صحت (ومنها) ميراثه فإن قلنا لا يزول ملكه بحال فهو لورثته من المسلمين أو من دينه الذي أخاره على اختلاف الروايتين في ذلك وإن قلنا يزول ملكه من حين الردة أو بالموت فماله في ليس لورثته منه شيء (ومنها) نفقة من تلزمه نفقته فإن قلنا ملكه باق ولو في حياته أو مراعى اتفاق عليهم من ماله مدة الردة، وإن قلنا زال بالردة فلا نفقة لهم منه في مدة الردة لأنه لا يملك (ومنها) قضاء

ديونه وهو كالتقضى فيقضى ديونه على الروايات كلها إلا على رواية زوال ملكه من حين الردة فلا تقضى منه الديون المشجدة في الردة وتقضى منه الديون الماضية فانه إنما يكون شيئاً ما فضل عن أداء ديونه ونفقات من يلزمه نفقته لأن هذه الحقوق لا يجوز تعطيلها فيؤخذ من ماله ويصير الباقي شيئاً (ومنها) لو دبر عبداً ثم ارتد السيد ثم عاد الى الاسلام فان قلنا لا يزول ملكه كالتدبير بحاله وان قلنا زال ملكه ابني على أن زوال الملك عن المدير هل يبطل تدبيره أم لا وجزم ابن أبي موسى بطلان تدبيره .

١٧ [السابعة عشرة] الكفار هل يملكون أموال المسلمين بالاستيلاء أم لا . المذهب عند القاضى أنهم يملكونها من غير خلاف والمذهب عند أبى الخطاب في انتصاره أنهم لا يملكونها . وقد نقل أبو طالب عن أحمد ما يدل على ذلك وحكى طائفة روايتين في المسألة منهم ابن عقيل في فونه ومفرداته وصحح فيها علم الملك وقال الشيخ تقي الدين ان أحمد لم ينص على الملك ولا على عدمه وإنما نص على أحكام أخذ منها ذلك والصواب أنهم يملكونها ملكاً مقيداً لا يساوى أملاك المسلمين من كل وجه ولهذا الخلاف فوائد : (منها) أن من وجد من المسلمين عين ماله قبل القسمة أخذه بحاجته بغير عوض وان وجده بعد القسمة فالمقصود من أحد أنه لا يأخذه بغير عوض وهل يسقط عنه بالكلية أو يكون أحق به بالثمن على روايتين واختار أبو الخطاب أنه أحق به بحاجته بكل حال وقد قال أحمد في رواية أبى طالب هذا هو القياس لأن الملك لا يزول إلا بهبة أو صدقة ولكن عمر قال لا حق له فيه (ومنها) اذا قلنا يملكون أموال المسلمين فدنست منهم ولم يعلم أربابها من المسلمين فانه يجوز قسمتها والتصرف فيها ومن قال لا يملكوها بقياس قوله أنه لا يجوز قسمتها ولا التصرف بل توقف كالقطة ذكره صاحب المغني وغيره . وأما ما عرف مالك من المسلمين فانه لا يجوز قسمته بل يرد اليه على القولين ونص عليه أحمد في رواية غير واحد وقيد ذلك من رواية أبى داود فيا اذا كان مالكه بالقرب (ومنها) إذا أسلموا وفي أيديهم أموال المسلمين فهي لهم نص عليه أحمد . وقال في رواية أبى طالب ليس بين الناس اختلاف في ذلك ، وهذا ينزل على القول بالملك فان قيل لا يملكونها فهي لربها متى وجدها وقاله أبو الخطاب في انتصاره ونفى صاحب المغني الخلاف في المذهب في المسألة فكأنه ظن أن أبا الخطاب وافق عليها فانه لم يقف على الانتصار . ولعل مأخذه أن النارع ملك الكافر بإسلاسه ما فيه من أموال المسلمين بقوله من أسلم على شيء فهو له فرداً تخليك جديد يملكونها به لا بالاستيلاء الاول والله أعلم .

وقد قيل إن هذا يرجع الى كل ما قبضه الكافر من الأموال وغيرها قبضاً فاسداً لا يعتد به جوازه فانه يستقر لهم بالاسلام كالعمود الفاسدة والانكحة والموارث وغيرها . ولهذا لا يضمنون ما أنفقوه على المسلمين من النفوس والأموال بالاجماع (ومنها) لو كان لاسلم أمتان أختان فأبقت احدهما الى دار

الحرب فاستولوا عليها فله وطء الباقية عنده لأن ملكه زال عن أخذها وقياس قول أبي الخطاب لا يجوز حتى يحرم الآقية يقتل أو نحوه لأنه يمنع من وطء إحدى الاختين ابتداء قبل تحريم الأخرى (ومنها) لو استولى العدو على مال مسلم ثم عاد إليه بعد حول أو أحوال فإن قلنا ملكوه فلا زكاة عليه لا معنى من المدة بغير خلاف وإن قلنا لم يملكوه فهل يلزمه زكاة لما مضى على روايتين بناء على زكاة المال المنصوب والضائع من ربه (ومنها) لو أعتق المسلم عبده الذي استولى عليه الكفار فإن قلنا ملكوه لم يستحق ولا حق (ومنها) لو سبي الكفار أمة مزوجة بمسلم فإن قلنا يملكونها فالتقياس أنه يفسخ النكاح لأنهم يملكون رقيقها ومناضها فيدخل فيه منفعة بضمها فيفسخ نكاح زوجها كما يفسخ نكاح الكافرة المسيية لسيينها لها هذا المعنى. ومن الأصحاب من علل انفساخ الكافرة المسيية بالجهل ببقاء زوجها فيكون للعدوم وعلى هذا يتحقق انفساخ النكاح هاهنا وأبو الخطاب منع من انفساخ النكاح بالسبي بكل حال وهو قول شاذ مخالف الكتاب والسنة. والدين المؤجرة كالامة للمزوجة سواء فاما الزوجة الحرة فلا يفسخ النكاح بسببها لأنهم لا يملكون الحرة بالسبي فلا يملكون بضمها وفي مسائل ابن هاني عن أحمد إذا سبت المرأة ولها زوج ثم استغفرت تسود إلى زوجها إن شئت وهذا يدل على انفساخ النكاح بالسبي ووجهه أن منافع الحرة في حكم الأموال ولهذا تضمن بالنصب على رأى فجاز أن تملك بالاستيلاء بخلاف غيره لاسيما والاستيلاء بسبب قوى يملك به مالا يملك بالمقود الاختيارية ولهذا يملكون به المصاحف والرقيق المسلم ويملكون به كالم الولد على رواية فجاز أن يملكوا به منفعة بضع الحرة ولا يلزم من ذلك إباحة وطئها لهم لأن تصرفهم في أموال المسلمين لا يباح لهم وإن قيل إنهم يملكونها وعلى هذا فلو سبوا أجنبياً مستأجراً المسلم انفسخت الاجارة أيضاً. وقد تأول الأمدى قول أحمد ترجع إليه إن شئت على أن المراد ان شئت ترجع إليه المدة في من وطء أهل الحرب وإن شئت اعتدت في موضع آخر لأن المدة ليست بحق له وإنما هي حق عليها لزما في غير جهته ولا يخفى بعد هذا التأويل من كلام أحمد وأن كلامه لا يدل عليه بوجه (ومنها) لو استولى الكفار على مدير مسلم ثم عاد إلى سيده فهل يبطل تديره؟ إن قلنا إنهم لم يملكوه لم يبطل وإن قلنا ملكوه أنبى على أن المدير إذا زال الملك فيه فهل يبطل التدير أم لا على روايتين وحزم ابن أبي موسى يطلانه هاهنا فاما المكاتب فلا تبطل كتابته لأنه يجوز بيعه ويبقى على كتابته وكذلك المرحون لأن الملك ينتقل فيه بالأرث وغيره والرهن باق (سؤال) عندكم الكافر لا يملك انتزاع ملك المسلم بالشفعة قهراً مع أنها معلومة فكيف يملك عليه قهراً بغير عوض (الجواب) عنه أن الكفار لا يملكون أموال المسلمين بمجرد الاستيلاء على المنصوص عن أحد بل بالحيازة إلى دارهم فعلى هذا لا يثبت لهم تملك في دار الاسلام وعلى الرواية الأخرى المحرجة أنهم يملكون بمجرد الاستيلاء فليستولى عليه أما أن يكون

حظوا فلا تصور استيلاءهم عليه إلا بصور الدار دار حرب فلا ملك لهم في دار الإسلام أيضاً ولما لم يكن متوقلاً بالفتور لم يختلف حكمه حكم القاتل لأن القاتل يختص بدار الإسلام والكافر متجنب إليها ويستتم ويتحصن بها وليس من أهلها بالأصالة فهو كالتأجير مع المالكين ولهذا يمنع الكافر من إحياء الموات في دار الإسلام على قول مع أنه زيادة حمارة وليس الموات ملكاً للمؤمن من المسلمين فكيف يمكن من انتزاع ملك المسلم المين وإذا كان الملم يباح له مزاحمة الكافر فيما ثبت له فيه حق رغبة وإبطال حقه منه بهدسيته إليه بالخطبة على خطبته والسوم على سومه كما نص عليه أحمد استدلالاً بالحديث فكيف يمكن من تقص ملك المسلم وانتزاعه منه قهراً بعد ثبوت الملك له هذا باطل قطعاً وهذا أحسن من الاستدلال بقوله وإذا لقيتموه في طريق فاظهروا لهم إلى أضيعة مع أني لم أر أحداً استدلل به وقد استدلل أحمد بحديث الطريق وبالأمر بأخراجهم من جزيرة العرب

١٨ [الثامنة عشرة] الفنية هل تملك بالاستيلاء المبرد أم لا بد منه من نية التملك المنصوص عن أحمد وعليه أكثر الأصحاب أنها تملك بمجرد الاستيلاء ولز الأئدي الكفار عنها وهل يشترط مع ذلك فصل الحيازة كلباحات أم لا قال القاضي في خلافه لا يملك بدون احتياز الملك وتردد في الملك قبل القسمة هل هو باق للكفار أو أن ملكهم انقطع عنها وينبغي حل هذا الخلاف فوائده عديده (منها) جريانه في حول الزكاة فإن كانت الفنية أجنباً لم ينمقد عليها حول بدون القسمة وجهاً واحداً لأن حق الواحد منهم لم يستقر في جنس معين وإن كانت جنساً واحداً فوجهاً أحدها ينمقد الحول عليهما بالاستيلاء بناء على حصول الملك به قاله القاضي في المبرد وابن عقيل والثاني لا ينمقد بدون القسمة قاله القاضي في خلافه وحكاة عن أبي بكر وبناء على أن الملك لا يثبت فيها بدون اختيار التملك لفظاً وهذا جيد لأن أبي بكر يقول بنفوذ المتق قبل القسمة ولأنه لو كان كذلك لانمقد الحول عليها باحتياز التملك دون القسمة إذ القسمة بمجرد ما لا ينفذ الملك عند القاضي وإنما مأخذ أبي بكر أن استحقاق الفاعين ليس على وجه الشركة المحضة ولذلك لا يمين حق أحدهم في شيء منها بدون حصوله له بالقسمة فلا ينمقد عليها الحول قبلها كما لو كانت أصنافاً (ومنها) لو أعتق أحد الفاعين رقيقاً من المنعم بعد ثبوت رقه أو كان فيهم من يعتن عليه بالملك عتق إن كان بقدر حقه وإن كان حقه دونه فهو كمن أعتق شخصاً من عبد نص عليه في رواية المروذي وابن الحكم واختاره أبو بكر والقاضي في المبرد وقال في الخلاف لا يمتنع حتى يسبق تملكه لفظاً ووافقه أبو الخطاب في انتصاره ولكنه أثبت الملك بمجرد قصد التملك واختار صاحب المهر المنصوص فيها إذا كانت الفنية جسماً واحداً وقول القاضي فيها إذا كانت أجنباً كما سبق في الزكاة وفي الإرشاد لابن أبي موسى أن أعتق جارية معينة قبل القسمة لم يعتق فإن حصلت له

بذلك بالقسمة عتقت قال وإن كان في السبي من يستحق عليه بالملك عتق عليه أن كان بقدر حصته والا عتق منه بقدر حصته فكأنه جله عتقا قهريا كالارث وفرق بينه وبين العتق الاختياري (ومنها) لو استولد أحد الغانمين جارية من السبي قبل القسمة فالنصوص أنها تصير أم ولد له ويضمن لبقية الغانمين حقوقهم منها وقال القاضي في خلافه لا تصير مستولدة له وإنما يتعين حقّه فيها لأن حملها بحر يمنع بيعها وفي تأخير قسمتها حتى تضع ضرر على أهل الغنيمة فوجب تسليمها إليه من حقه وهذا بعيد جداً ، ولا يخلط في انتصاره طريقة أخرى وهي أنه إنما غنّد استيلادها لشبهة الملك فيها وإن لم ينفذ اعتاقها كما ينفذ استيلاء الابن في أمة أبيه دون اعتاقها وهو أيضا ظاهر ما ذكره صاحب المحرر وحكي في تعليقه على الهداية احتمالا آخر بالفرق بين أن تكون الغنيمة جنسا واحداً أو أجناسا كما ذكره في العتق (ومنها) لو أتلّف أحد الغانمين شيئا من الغنيمة قبل القسمة فإن قلنا الملك ثابت فيها فعليه ضمان نصيب شركائه خاصة ونهض عليه أحد في الاستيلاء وإن قلنا لم يثبت الملك فيها فعليه ضمان جميعها (ومنها) لو اسقط الغانم حقه قبل القسمة ففيه طريقان أحدهما أنه مبنى على اختلاف فإن قلنا بملكها لم يسقط الحق بذلك والا سقط وهو ظاهر ما ذكره القاضي في خلافه والثاني يسقط على القولين لضعف الملك وعدم استقراره وهو ما ذكره صاحب المحرر والترغيب (ومنها) لو مات أحدكم قبل القسمة والاحتياز فالنصوص أن حقه ينتقل إلى ورثته وظاهر كلام القاضي أنه وافق على ذلك وجعل المورث هو الحق دون المال وفي الترغيب إن قلنا لا يملك بدون الاحتياز فن مات قبله فلا شيء له ولا يورث عنه كحق الشفعة ويحتمل أن يقال على هذا يكتفي بالمطالبة في ميراث الحق كالشفعة (ومنها) لو شهد أحد الغانمين بشيء من المغنم قبل القسمة فإن قلنا قد ملكوه لم يقبل كشهادة أحد الشريكين للآخر وإن قلنا لم يملكوا قبلت ذكره القاضي في خلافه قال الشيخ تقي الدين وفي قبولها نظر وإن قلنا لم يملكوا لأنها شهادة تاجر فمأقت هذا ذكره القاضي في مشكلة ما إذا وطئ أحد الغانمين جارية من المغنم وذكر في مشكلة السرقة من بيت المال والغنيمة أنه لا يقبل شهادة أحد الغانمين بمال الغنيمة مطلقا وهو الاظهر

١٩ [التاسعة عشرة] القسمة هل هي إفراز أو بيع المذهب أن قسمة الاجبار وهي مالا يحصل فيه رد عوض من أحد الشريكين ولا ضرر عليه إفراز لا بيع وذهب ابن بطّة الى أنها كالبيع في أحكامه وحكي الآمدى روايتين قال الشيخ مجد الدين الذي يتحرر عندي فيها فيه رد أنه بيع فيما يقابل الرد وإفراز في الباقي لأن أصحابنا قالوا في قسمة المطلق عن الوقف إذا كان فيها ردم من جهة صاحب الوقف جاز لأنه يشتري به المطلق وإن كان في جهة صاحب المطلق لم يجوز ويتفرع على الاختلاف في كونها إفرازا أو بيعا فوائد كثيرة : (منها) لو كان بينهما مائة مشتركة فاقتسمها في أثناء الحول واستدأ خيلة الأوصاف فإن قلنا القسمة

افراز لم ينقطع الحول بنير خلاف وإن قلنا بيع خرج على بيع المساشية بمنسها في أثناء الحول هل يقطعه أم لا (ومنها) إذا تقاسما صرحا بالتراضي واقتصرا على ذلك فهل يصح إن قلنا هي افراز صحت وإن قلنا بيع فوجهاً حكماها صاحب التزغيب وكأن مأخذها الخلاف في اشتراط الإيجاب والقبول وظاهر كلامه أنها تصح بلفظ القسمة على الوجهين ويتخرج أن لا يصح من الرواية التي حكماها في التلخيص باشتراط لفظ البيع والشراء في البيع (ومنها) لو تقاسموا ثمر النخل والمنب على للشجر أو أزرع المشتمل في سنبله خرصاً أو الربويات على ما يختارون من كيل أو وزن فإن قلنا هي افراز جار ونص عليه أحد في رواية الأثرم في جواز القسمة بالخوص وإن قلنا بيع لم يصح وفي التزغيب إشارة إلى خلاف في الجواز مع القول بالافراز وكذلك لو تقاسموا الثمر على الشجر قبل صلاحه بشرط التيقية فيجوز على القول بالافراز دون البيع (ومنها) لو كان بعض المقار وقفاً وبعضه طلقاً وطالب أحدهما القسمة جازت إن قلنا هي افراز وإن قلنا بيع لم يجوز لأنه يبيع للوقف فأما إن كان الشكل وقفاً فهل يجوز قسمته فيه طريقان . أحدهما أنه كإفراز الطاق من الوقف سواء وهو الموزوم به في المحرر . والثاني أنه لا يصح قسمته على الوجهين جميعاً على الأصح وهي طريقة التزغيب وعلى القول بالجواز فهو مختص بما إذا كان وقفاً على جهتين لا على جهة واحدة صرح به الأصحاب نقله الشيخ تقي الدين (ومنها) قسمة الموهون كله أو نصفه مشاعاً إن قلنا هي افراز صحت وإن قلنا بيع لم يصح ولو استقر بها المرتهن فإن رهنه أحد الشريكين حصته من حق مدين من دار ثم اقتسما فحصل البيت في حصته شريكه فظاهر كلام القاضى أنه لا يمنع منه حتى أقول بالافراز قل صاحب المتن يمنع منه (ومنها) إذا اقتسما أرضاً فبنى أحدهما في نصيبه وفرس ثم استتحت الأرض يقع غرسه وبناؤه فإن قلنا هي افراز لم يرجع على شريكه وإن قلنا بيع يرجع عليه بقية القبض إذا كان عالمًا بالحال دونه ذكره في المعنى وجزم القاضى بالرجوع عليه مع قوله إن القسمة إفراز (ومنها) ثبوت الخيار فيها وفيه طريقان . أحدهما ينبى على الخلاف وإن قلنا افراز لم يثبت فيها خيار وإن قلنا بيع ثبت وهو المذكور في الفصول والتلخيص وفيه ما يوهم اختصاص الخلاف في خيار المجلس فأما خيار المجلس فلا يثبت فيها على الوجهين والثاني يثبت فيها خيار المجلس وخيار الشرط على الوجهين قاله القاضى في خلافه معللاً بأن ذلك جعل للارتياح فيها فيه الحظ وهذا المعنى موجود في القسمة . وقال الشيخ تقي الدين وهذا صريح في أن قسمة التراضي افراز لأن قسمة الإيجاب لا معنى لثبوت الخيار فيها إذ في كل لحظة يملك الإيجاب فلا يقع ثبوت الخيار في قسمها وذكر أيضاً أنه حيث وجبت القسمة فينبى أن تكون لازمة لأن أحدهما لو فسخا كان للآخر مطالبته باعادتها فلا فائدة فيه وقد يكون فيه ضرر على أحدهما فإنه قد يتصرف فيما حصل له ولن يبره فإذا انقضت

القسمه تقرر بذلك ولم يحصل له الانتفاع ولا سببا إن تكرر ذلك من شريكه مضارة . قلت ويشهد لهذا ما ذكره القاضى في خلافه في المنين بالنفقة إذا طلق الحاكم عليه رجعا ثم أرتجع ثم غير سار تعدد له أنه لا يصح رجعتا لما فيه من إعادة الضرر الذى أزلناه بالطلاق وقال ابن عقيل في عمد الأئمة وصاحب المغنى له الرجعة فإذا أرتجع عادت المطالبة له فان طلق عليه حتى يستوفى الطلاق الثلاث وأخذ ابن عقيل من المولى عليه إذا طلق في أثناء المدة بمطلب الفضة طلاقا رجعا فان له رجعتا ويطالب بالفدية ثانيا والقاضى يفرق بينهما بأن رجعة المولى أقرب الى حصول مقصود المرأة من الفضة من حال المدة الجارية إلى البيئونة بخلاف رجعة المسر ولكن لا يتوجه على قول ابن عقيل التمكن من فسخ قصة الإيجاب هنا لأن الضرر في الطلاق لا يتأبد لأنه محدود بثلاث مرات بخلاف ضرر الفسخ هنا فانه يكون لانهايه له وذكر الشيخ تقي الدين ان المولى إذا طلق لم يكن من الرجعة إلا بشرط أن يغىء لأن أصل الرجعة إنما أباحها الله لمن أراد الإصلاح فكيف بالمولى الذى يظهر منه قصد الاضرار فلا يمكن من الرجعة بدون شرط الفضة لانه ارتجاعه زيادة في الاضرار وذكر في الكافي في هذه المسألة أنها ان اقتسما بانفسهما لم يلزم القسمه إلا بتراضيهما وتفرعها كالبيع وان قسم بينهما الحاكم أو قاسمه أو عدل عالم نصفاه بينهما لزمت قسمته بغير رضاهما إلا أن يكون فيهما رد فوجها نظرنا الى أنها بيع فيقف على الرضاء والى ان المقاسم كالحاكم وقرعته كحكمه (ومنها) ثبوت الشفعة فيها وفيه طريقان أحدهما بناؤه على الخلاف فان قلنا افراز لم يثبت والا ثبت وهو ما ذكره السامري في باب الربا والثاني لا يوجب الشفعة على الوجهين قاله القاضى وصاحب المحرر لأنه لو ثبت لأحدهما على الآخر ثبت للآخر عليه فيقتايران ومنها قصة المتشاركين في الهدى والاضاحى للهم فان قلنا افراز جازت وإن قلنا بيع لم يجز وهذا ظاهر كلام الأصحاب (ومنها) لو حلف لا يبيع فقام فان قلنا القسمه بيع حث والا فلا ذكره الأصحاب وقد يقال الأيمان محمولة على العرف ولا تسمى القسمه بيعا في العرف فلا يثبت بها ولا بالحول ولا بالاقالة وإن قيل هي بيع (ومنها) لو اقتسم الورثة المقار ثم ظهر على الميت دين أو وصية فان قلنا هي افراز فالقسمه باقية على الصحة وإن قلنا بيع فوجها بناء على الخلاف في بيع التركة المستغرقة بالدين وقد سبق (ومنها) لو ظهر في القسمه غبن فاحش فان قلنا هي افراز لم يصح لتبين فساد الافراز وإن قلنا بيع صحته وثبت فيها خيار الفبن ذكره في الترغيب والبلغة (ومنها) لو اقتسما دارا نصفين ظهر بعضها مستحقا فان قلنا القسمه افراز استقضت القسمه لنفساد الافراز وإن قلنا بيع لم ينقض ويرجع على شريكه بقدر حقه في المستحق كما إذا قلنا بذلك في فريق الصفقة كما لو اشترى دارا فبان بعضها مستحقا ذكره الأمانى وفي المحرر ان كل المستحق معينا وهو في الحصتين فاقسمه بحالهما ولم يحك خلافا وذكر صاحب الكافي احتمالا بالبطالان بناء على عدم تفريق الصفقة إذا قلنا

هي بيع وإن كان المستحق معيناً في إحدى الحصتين أو شيئاً فيها أو في أحدهما فثلاثة أوجه في الحر أحدها تبطل والثاني لا تبطل والثالث تبطل بالإشاعة في أحدهما خاصة وهو ظاهر كلام القاضي والأول اختيار القاضي وابن عقيل مع قولهما بتفريق الصفة قال الشيخ مجد الدين والوجهان الأولان فرع على قولنا بتفريق الصفة في المبيع فأما إن قلنا لا تفريق هناك بطلت هاهنا وجهها واحداً وفي البلغة إذا ظهر بعض حصة أحدهما مستحقاً انتقضت القسمة وإن ظهرت حصتها على استواء النسبة وكان معيناً لم ينتقض وإذا علمنا بفساد تفريق الصفة بالجهالة وإن علمناه بأشغالها على ما لا يجوز بطلت وإن كان المستحق مشاعاً انتقضت القسمة في الجميع على أصح الوجهين (ومنها) إذا مات رجل وزوجته حامل وقلنا لها السكنى فأراد الورثة قسمة المسكن قبل انقضاء الدمة من غير إضرار بها بأن يملوا الحدود بخط أو نحوه بغير قص ولا بناء في المنى يجوز ذلك ولم يبنه على الخلاف في القسمة مع أنه قال لا يصح بيع المسكن في هذه الحال بالجهالة مدة الحمل المستثناة فيه حكماً وهذا يدل على أن هذا يفتقر في القسمة على الوجهين ويحتمل أن يقال متى قلنا القسمة بيع وإن بيع هذا المسكن يصح لم تصح القسمة (ومنها) قسمة الدين في ذم الغرماء فإن قلنا القسمة إفراز صحت وإن قلنا بيع لم تصح وقد حكى الأصحاب في المسألة روايتين وهذا البناء متوجه على طريقه من طرد الخلاف في قسمة التراضي كالشيخ تقي الدين رحمه الله تعالى مع أنه يميل إلى دخول الاجبار في قسمة الدين على إخراج المتقاربين في المالة لأن الذم عندنا تنكافاً بدليل الاجبار على قبول الحوالة على المالى وخص القاضي وابن عقيل الروايتين بما إذا كان الدين في ذمتين فصاعداً فإن كان في ذمة واحد لم تصح قسمة رواية واحدة وانكر ذلك الشيخ مجد الدين ويشهد لقوله أن القاضي في خلافه قال إذا قبض أحد الشريكين من الدين بأذن شريكه اختص بما قبضه ووفق في موضع آخر بين الدين الثابت بعقد فيختص أحد الشريكين بما قبضه منه ولو بغير إذن وبين الثابت بآثار ونحوه فلا يختص وقد نص أحمد في رواية ابن منصور على الاشتراك في ثمن الطعام المشترك ونص في روايته على جواز القسمة بالتراضي في الذمة الواحدة وسلك صاحب المنى في توجيه الروايتين في المسألة طريقة ثانية وهي أن قبض أحد الشريكين من الدين المشترك هل هو قسمة للدين أو تعيين لحقه بالأخذ كالأبراء فإن قلنا هو قسمة لم يجوز لأحدهما الأفراد بالتبض فإن أذن الشريك فيه فوجهان أحدهما يصح وينفرد به القاضي لأن الحق لشريكه وقد أسقطه والثاني لا يصح وهو قول أبي بكر لأن حق الشريك في الذمة لا في عين المال فلا ينفع إذنه في قبض الأعيان وفيه ضعف فإن الأعيان هي متعلق حقه وكذلك يتعلق حقوق غرماء المفلس بماله وإن قلنا ليس القبض قسمة جاز لأن حق الشريك في الذمة ولا ينتقل إلى العين إلا بقبض الغريم أو وكيله قبض الشريك تعيين لحقه لا غير فيختص به دون شريكه سواء كان بأذن الشريك

(٥٣ - قواعد)

أو بدونه وكذلك حكى صاحب المغني هذه الرواية وذكر عن أحد مايل عليها وقد أنكرها أبو بكر عبد العزيز ويتوجه عندي في توجيه الروايتين طريقة ثالثة وهي أن أحد الشريكين إذا قبض من الدين فالتما قبض حقه المنصص به لكن ليس له القبض دون شريكه لا اشتراكهما في أصل الاستحقاق كترماء المفلس فإذا قبض بدون إذن شريكه فهل لشريكه مقاسمته فيما قبضه أم لا على الروايتين فوجه المحاصة القياس على قبض بعض الشركاء من الأعيان المشتركة بدون قسمة كالوارثين أو من الأعيان المتعلق بها حقوقهم كمال المفلس ووجه عدم المحاصة أن المقبوض من الدين كله حق للقباض ولهذا لو أئلف في يده كان من نصيبه ولم يضمن لشريكه شيئاً بخلاف القبض من الأعيان فعلى هذه الرواية لا فرق بين أن يقبض بأذن الشريك أو بدونه وعلى الأولى إن قبض بأذنه فهل له حاصه فيه على وجهين لأن حقه في المحاصة إنما ثبت بعد القبض فهو كاستقاط الشفعة قبل البيع والله أعلم وقد يقال التراضي بقبض كل واحد منهما بعض الدين قسمة له لأن القسمة في الأعيان تقع في المحاسبة والأقوال في المنصوص فكذلك في الديون وأما إن كان المشترك بعضه عيناً وبعضه ديناً فأخذ بعض الشركاء العين وبعضهم الدين وقد نص أحد على جواز مع السكراهة وحكاها عن ابن عباس وقال لا يكون إلا في الميراث وخرجه الشيخ مجد الدين على القول بجواز بيع الدين من غير الترخيم لأن هذه القسمة بيع يغير خلاف عنده وعلى ما ذكره الشيخ تقي الدين قد بطرد فيها الخلاف والله أعلم (ومنها) قبض أحد الشريكين نصيبه من المال المشترك المثلث مع غيبة الآخر وامتناعه من الأذن بدون إذن الحاكم وفيه وجهان سبق ذكرهما في القواعد والوجهان على قولنا القسمة إفراز فإن قلنا هي بيع لم يجز وجهاً واحداً فاما غير المثلث فلا يقسم إلا مع الشريك أو من يقوم مقامه كالوصى والولى والحاكم (ومنها) لو اقتسما داراً لحصل الطريق في نصيب أحدهما ولم يكن للآخر منفذ ينطرق منه فقال أبو الخطاب وصاحب المغني والمحرر تبطل القسمة وخرج صاحب المغني فيه وجهاً آخر أنها تصح ويشتركان في الطريق من نص أحد على اشتراكهما في غسل الماء وتدذكراً ذلك فيما سبق في القواعد ويتوجه أن يقال إن قلنا القسمة إفراز بطلت وإن قلنا بيع صححت ولزم الشريك تمكينه من الاستطراق بناء على قول الأصحاب إذا باعه بيتاً من وسط داره ولم يذكر طريقاً صح البيع واستتبع طريقه كما ذكره القاضي في خلافه لو اشترط عليه الاستعراق في القسمة صح قال الشيخ مجد الدين هذا قياس مذهبنا في جواز بيع الممر (ومنها) لو حاف لآكل مما اشتراه زيد فاشترى زيد وعمر وطعاماً مشاعاً وقلنا يبحث بالآكل منه فتقاسم آكل كل الحاف من نصيب عمرو وقد ذكر الأمدى أنه لا يبحث لأن القسمة إفراز

حق لا يبيع وهذا يقتضى أنه يحنث إذا قلنا هي بيع وقال القاضي قياس المذهب أنه يحنث مطلقاً لان القسمة لا يخرج منه عن أن يكون زيدا اشتراه ويحنث عند أصحابنا باكل ما اشتراه زيد ولو انتقل الملك عنه إلى غيره وفى المعنى احتمال لا يحنث هنا وعليه يتخرج أنه لا يحنث إذا قلنا القسمة بيع. ونختص هذه الفوائد بذكر فائدتين بل فائدتين يكثر ذكرهما فى مسائل الفقه وانتشر فروعهما انتشاراً كثيراً ونذكر منوابهما وانقسامهما

٢٠ - [العشرون] الفائدة الأولى التصرفات للغير بدون اذنه هل تقف على إجازته أم لا ويعبر عنها بتصرف الفضولى وتحتها أقسام (القسم الأول) أن تدعو الحاجة إلى التصرف فى مال الغير أو حقه ويتمتع استئذانه اما للجهل بعينه أو لغيره ومثقة انتظاره فهذا التصرف مباح جائز موقوف على الاجازة وهو فى الاموال غير مختلف فيه فى المذهب وغير محتاج إلى اذن حاكم على الصحيح وفى الابضاع مختلف فيه غير أن الصحيح من المذهب جوازه أيضاً وفى افتقاره إلى الحاكم خلاف فاما الاموال فكان التصرف بالقطعة التى لا تملك كالنقد بالودائع والغصب التى لا تعرف ربها أو انقطع خبره. وقد سبق فى القواعد استقصاء هذا النوع ويكون ذلك موقوفاً فان أجازها المالك وقع له أجره وإلا ضمنه المتصرف وكان أجره له صرح به الصحابة رضى الله عنهم وأما الابضاع فتزويج امرأة! فقد إذا كانت غيبته ظاهرها الهلاك فان امرأته تبرص أربع سنين ثم تعد وتباح للزواج وفى توقف ذلك على الحاكم روايتان واختاف فى مأخذهما فليل لأن أمارات موته ظاهرة هو كالميت حكمها وقيل بل لأن انتظاره يعظم به الضرر على زوجته فيباح لها فسخ نكاحه كما لو صارها بالغية وامتنع من القدوم مع المراسلة وعلى هذين المأخذين ينبى أن الفرقة هل تبطل ظاهراً وباطناً أو ظاهراً فقط وتبقى الاختلاف فى طلاق المولى لها وله مأخذ ثالث وهو الاظهر وهو أن الحاجة دعت هنا إلى التصرف فى حقه من بضع الزوجة بالفسخ عليه فيصح الفسخ ويزوجها بتدبير ابتداء للحاجة فان لم يظهر فالامر على ما هو عليه وإن ظهر فان ذلك موقوف على إجازته فاذا قدم فان شاء أمضاه وان شاء رده. والقسم الثانى أن لا تدعو الحاجة إلى هذا التصرف ابتداء بل إلى صحته وتنفيذه بان تطول مدة التصرف وتكثر ويتبدد اعيان أهواله فالاصحاب فيه طريقتان أشهرهما أنه على الخلاف الآتى ذكره واتفاق أنه ينفذها هنا بدون اجازة دفعا لضرر المالك بتفويت الربح وضرر المشتري بتحريم ما قبضوه بهذه العقود وهذه طريقة صاحب التائخير فى باب المضاربة وصاحب المغنى فى موضع منه والقسم الثالث أن لا تدعو الحاجة إلى ذلك ابتداء ولا دواماً فهذا القسم فى بطلان التصرف فيه من أصله ووقوفه على اجازة المالك وتنفيذه

روايتان معروفتان واعلم أن لتصرف الشخص في مال غيره حالتان (أحدهما) أن يتصرف فيه المالك
 فهذا محل الخلاف الذي ذكرناه وهو نائب في التصرف في ماله بالبيع والإجارة ونحوهما ، وأما في
 النكاح فلا صحاب فيه طريقان أحدهما إجراؤه على الخلاف وهو ما قال القاضي والآخر
 والثاني الجزم بطلانه قولاً واحداً وهو طريق أبي بكر وابن أبي موسى ونص أحمد على التفرق
 بينهما في رواية ابن القاسم فعلى هذا لو زوج المرأة أجنبي ثم أجاز الولي لم ينفذ بغير خلاف كما
 لو زوجت المرأة نفسها نعم لو زوج غير الأب من الأولياء الصغيرة بدون إذنهما أو زوج الولي
 الكبيرة بدون إذنهما قبل بطلان أصله أو وقف على إجازتها على روايتين ذكر ذلك ابن أبي موسى
 (الحالة الثانية) أن يتصرف لنفسه وهو الغاصب ومن يملك مال غيره لنفسه فيجزيه له المالك
 فاما الغاصب فذكر أبو الخطاب في جميع تصرفاته الحكيمة روايتين أحدهما البطلان والثانية الصحة
 قال وسواء في ذلك العبادات كالطهارة والزكاة والحج والعقود كالبيع والإجارة والنكاح وعلى
 ذلك جماعة ممن بعده ثم منهم من أطلق هذا الخلاف غير مقيد بالوقف على الإجازة ومنهم من قيده بها
 كالقاضي في خلافه وابن عقيل وصاحب المغني في موضع من كلامهما فإن أريد بالصحة من غير وقف
 على الإجازة وقوع التصرف من المالك وإفادة ذلك للمالك له فهو الطريق الثاني في القسم الثاني
 الذي سبق ذكره وإن أريد الوقوع للغاصب من غير إجازة فهاهنا قطعاً في صورة شراء في الذمة
 إذا نفذ المال من المنصوب فإن الملك ثبت له فيها نص عليه في رواية المروذي ولا ينافي ذلك قولنا
 إن الربح للمالك لأنه فائدة ماله ويلزمه فيختص به وإن كان أصل الملك لغيره صرح به القاضي
 في خلافه ومن فروع ذلك في العبادات المالية لو أخرج الزكاة عن ماله من مال حرام فالمشهور أنه
 يقع باطلاً وحكي عن أحمد أنه إن أجاز له المالك أجزأته والا فلا (ومنها) لو تصدق الغاصب بالمال
 فإنه لا تنفع الصدقة له ولا يثاب عليه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة بغير
 طهور ولا صدقة من غلول ولا يثاب المالك على ذلك أيضاً لعدم نسبتها إليه ذكره ابن عقيل في
 فتوّه ونقل نحوه عن سعيد بن المسيب ومن الناس من قال يثاب المالك عليه ورجحه بعض شيوخنا
 هذا الذي تولد من مال اكتسبه فيؤجر وإن لم يقصده كما يؤجر على المصائب التي تولد له خيراً
 وعلى عمل ولده الصالح وعلى ما يتصدق به بالأس والذواب من زرعه وثماره (ومنها) لو غصب شاة
 فذبحها لمتعته أو قرأه مثلاً فإنه لا يجوز له صرح به الأصحاب ونص عليه أحمد في رواية علي بن سعيد
 لأن أصل الذبح لم يقع قربة من الابتداء فلا ينقلب قربة بعده كما لو ذبحها للحمائم ثم نوى بها المتعة
 وحكي الأصحاب رواية موقوفة على إجازة المالك كالزكاة ونص أحمد على الفرق بين أن يعلم أنها

لغيره فلا تجزيه وبين أن يظنها لنفسه فتجزيه في رواية ابن القاسم وسنذكر من أصحاب بينهما في حكاية الخلاف ولا يصح (ومنها) لو أنكح الأمة المقصوبة وفي وقفه على الإجازة الخلاف وعلى طريقة أبي بكر وابن أبي موسى هو باطل قولاً واحداً ويبعد هاهنا القول بنفوذ مطلقاً بدون إجازة بل هو باطل بخلاف النص الستة ولتنصوص أحمد المتكاثرة وأما من يملك مال غيره لنفسه بموض أو غيره فيجيزه المالك فهو شديد بتصرف الفضولي المحض فيخرج على الخلاف فيه . ومن صور ذلك ما إذا قال عبد فلان حر في مالي فأجازته المالك فالمتنصوص عن أحمد أنه لا ينفذ وخرج ابن أبي موسى وجهاً بنفوذ الإجازة ويلزمه ضمانية (القسم الرابع) التصرف للغير في الذمة دون المال بنير ولاية عليه فإن كان بمقد تكاح ففيه الخلاف السابق وإن كان بيع ونحوه مثل أن يشتري في ذمته فطريقان أحدهما أنه غير الخلاف أيضاً قاله القاضي وابن عقيل في موضع وأبو الخطاب في الانتصار . والثاني الجرم بالصحة هاهنا قولاً واحداً سم إن أجازته المشتري له ملكه والا لزم من اشتراء وهو قول الحرق والاكثرين وقال القاضي في موضع آخر وابن عقيل يصح بنير خلاف لكن هل يلزم المشتري ابتداءً أو بعد رد المشتري له عى روايتين واختلف الأصحاب هل تفتقر الحال بين أن يسمى المشتري له في العقد أم لا فمنهم من قال لا فرق بينهما منهم ابن عقيل وصاحب المغني ومنهم من قال إن سماه في العقد فهو كما لو اشترى له بعين ماله ذكره القاضي وأبو الخطاب في انتصاره في غالب ظني وابن المني (كذا) وهو مفهوم كلام صاحب المحرر (القسم الخامس) التصرف في مال الغير باذنه على وجه تحصل فيه مخالفة الإذن وهو نوعان أحدهما أن تحصل مخالفة الإذن على وجه يرضى به عادة بأن يكون التصرف الواقع أولى بالرضا به من المأذون فيه فالصحيح أنه يصح اعتباراً فيه بالإذن العرفي (ومن صور ذلك) ما لو قال بعه بمائة فباعه بثلاثين فإنه يصح . وكذلك لو قال اشترى لي بمائة فاشترى له بثلاثين (ومنها) لو قال له بعه بمائة نسيئة فباعه بمائة نقداً فإنه يصح (ومنها) لو قال بعه بمائة درهم فباعه بمائة دينار فإنه يصح على الصحيح وفيه وجه لا يصح لمخالفته في جنس النقد (ومنها) لو قال بعه هذه الشاة بدينار فباعها بدينار وثوب أو ابتاع شاة وثوباً بدينار فإنه يصح قال القاضي هو المذهب ثم ذكر احتمالاً أنه يبطل في الثوب بحصته من الشاة لأنه من غير الجنس (ومنها) لو أمر أن يشتري له شاة بدينار فاشترى شاتين بالدينارين تساوى كل واحدة منهما ديناراً فإنه يصح لذلك فإن باع إحداها بدون إذنه ففيه طريقان . أحدهما أنه يخرج على تصرف الفضولي . والثاني وجهاً واحداً (وهو المتنصوص) عن أحمد لخبر عروة بن الجعد ولأن ما فوق الشاة المأمور بها لم يتعين أنه صحيح

فصار موكولا الى نظره وما يراه (النوع الثاني) أن يقع التصرف مغالفا للاذن على وجه لا يرضى به الاذن عادة مثل مخالفة المضارب والوكيل في صرفة العقد ذون أصله كأن يبيع المضارب نساء على قولنا بئعه منه أو يبيع الوكيل بدون إذن المثل أو يشتري بأكثر منه أو يبيع نساء أو بغير نقد البلد صرح القاضي في المجرد باستواء الجميع في الحكم فالأصحاب هاهنا طرق أحدها أنه يصح ويكون المتصرف ضامنا للمالك وهو اختيار القاضي في خلافه ومن اتبعه في المخالفة في الثمن لأن التصرف هنا مستند أصله الى اذن صحيح وانما وقعت المخالفة في بعض أوصافه فيصح العقد بأصل الاذن ويضمن المخالف لمخالفته في صفته وعلى هذا فلا فرق بين أن يبيع الوكيل بدون إذن المثل أو يشتري بأكثر منه على المتصور ومن الاصحاب من فرق بينهما وأبطله في صورة الشراء كصاحب المغني والسامري ولا فرق أيضا بين أن يقدر له الثمن أولا على أصح الطريقين وصرح به القاضي وغيره ونص أحمد على ذلك في رواية الاثرم وابن داود وابن منصور والثاني أنه يبطل العقد مع مخالفته التسمية لمخالفة صريح الاذن بخلاف ما إذا لم يسمه فإنه إنما خالف دلالة العرف ومن قال ذلك القاضي في المجرد وابن عقيل في فصوله وفرق القاضي في خلافه وكثير من الاصحاب بين البيع نساء وبغير نقد البلد فأبطلوه فيما بخلاف نقص الثمن وزيادته وفرقوا بان المخالفة في النساء وغير نقد البلد وقعت في جميع العقد وفي النقص والزيادة في بعضه وفيه ضعف وقد نص أحمد على التفریق بينهما في رواية ابن منصور . والطريقة الثانية أن في الجميع روايتين أحدهما الصحة والضمان والثانية البطلان وهي طريقة القاضي في المجرد وابن عقيل وصحها رواية البطلان وتأولا رواية الضمان على بطلان العقد وأن العين تعذر ردها فبأخذ المالك الثمن ويضمن المشتري ما نقص من قيمة السلعة من الثمن وهذا بعيد جداً وهو مخالف لصريح كلام أحمد وحاصل هذه الطريقة أن هذه المخالفة تجعله كتصرف الفضولي سواء وظاهر كلام الحرق في الوقف هاهنا عن الاجازة دون المخالفة لأصل العقد مثل أن يشتري بعين ماله مالم ياذن له في شرائه فانه صرح في البطلان هاهنا وجعله كتصرف الفضولي المحض ونص أحمد في رواية عبد الله وصالح فيمن أمر رجلا أن يشتري له شيئاً فخالفه كان ضامنا فإن شاء الذي أعطاه ضمنه وأخذ مادمه اليه وإن شاء أجاز البيع فإن كان فيه ربح فهو لصاحب المال على حديث عروة البارقي وهذا نص للوقف بالمخالفة إلا أنه لم يقيده بالمخالفة بالصفة والطريقة الثالثة أن في البيع بدون إذن المثل وغير نقد البلد إذا لم يقدر له الثمن ولا عين النقد روايتان البطلان كتصرف الفضولي والصحة ولا يضمن الوكيل شيئاً لأن اطلاق العقد يقتضي البيع بأي ثمن كان وأي نقد كان بناء على أن

الأمر بالمأهية الكلية ليس أمراً يشوه من جنسياتها والبيع نساء كالبيع يغير نقد البلد وهذه طريقة سلكها القاضي في المجرد وابن عقيل أيضاً في موضع آخر وهي بعيدة جداً لمخالفتها لمنصوص أحد وكذلك حكم المخالفة في المهر فلما أذنت المرأة لوليها أن يزوجهما بمهر فتمت فزوجها بدونه فانه يصح ويضمن الزيادة نص عليه أحد في رواية ابن منصور وحكى الأصحاب رواية أخرى أنه يسقط المسمى ويلزم الزوج مهر المثل وكذا لو لم يسمى المهر فان الإطلاق ينصرف الى مهر المثل ويستثنى من ذلك الأب خاصة فانه لا يلزم في عقده سوى المسمى ولو لم تأذن فيه أو طلبت تمام المهر نص عليه في رواية منها وأما المخالفة في عوض النخل إذا خالعه وكيل الزوجة بأكثر من مهر المثل أو وكيل الزوج بدونه فيه ثلاثة أوجه البطلان وهو قول ابن حاتم والقاضي والهمزة وهو قول أبي بكر ومنصوص أحد والبطلان بمخالفته وكيله والهمزة بخالفه وكيلها وهو قول أبي الخطاب ومع الصحة بعض الوكيل الزيادة والنقص وهذا الخلاف من الأصحاب منهم من أطلقه مع تقدير المهر وتركه ومنهم من خصه بما إذا وقع التقدير فاما مع الإطلاق فيصح النخل وجهاً واحداً وفيه وجهان آخران ذكرهما القاضي أحدهما يبطل المسمى ويرجع إلى مهر المثل والثاني يغير الزوج بين قبول العوض ناقصاً ولا شيء له غيره ويسقط حقه من الرجعة وبين رده على المرأة ويثبت له الرجعة وفي مخالفة وكيل الزوجة وجه آخر أنه يلزمها أكثر الأمرين من المسمى ومهر المثل ذكره ابن البنا (القسم السادس) التصرف للغير بهال المتصرف مثل أن يشتري بعين ماله سلعة لزيد ففى المجرد يقع باطلاً رواية واحدة ومن الأصحاب من خرج على الخلاف في تصرف الفضولي وهو أصح لأن العقد ينفى على الاجازة ويعتبر الثمن من ماله يكون إقراضاً للبشترى له أو هبة له فهو كمن أوجب لغيره عقد في ماله فقبله الآخر بعد المجلس وقد نص أحد على صحة مثل ذلك في النكاح في رواية أبي طالب والصحيح في توجيهها أنها من باب وقف العقود على الاجازة وهو مأخذ ابن عقيل وذويرة فلي هذا لافرق في ذلك بين عقد وعقد فكل من أوجب عقد الغائب عن المجلس فبانه فقبله فقد أجازاه وأهضاه ويصح على هذه الرواية يرى أبو بكر رواية أخرى أنه لا يصح الا في مجلس واحد واختارها

٢١ - [الحادية والعشرون] (الفائدة الثانية) الصفقة الواحدة هل تنفرد فيصح بعضها دون بعض أم لا فلا يبطل بعضها بطل كلها في المسألة روايتان أشهرهما أنها تنفرد وبالله التمسور أحدها أنه يجمع العقدين ما يجوز العقد عليه ولا يجوز بالكلية اما مطلقاً أو في تلك الحال فيبطل العقد في لا يجوز عليه العقد باقراده وهل يبطل في الباقي على الروايتين ولا فرق في ذلك بين عقود المعاوضات وغيرها كالرهن والهبة والوقف ولا بين ما يبطل بجماله عوضه كالمبيع وما لا يبطل كالنكاح فان النكاح فيه روايتان

منصوستان عن أحمد غير أن صاحب المنى اختار أن البيع إذا كان الثمن منقسماً عليه بالقيمة كمبدین
أحدهما منصوب أنه لا يصح العقد فيهما تعليلاً بجهالة العوض بخلاف ما يقسم الثمن عليه بالأجراء
كفيز من صيرة واحدة وهذا مأخذ البطلان وراء تفريق الصفة كما قالوا فيما إذا باع معلوماً
ومجهولاً أنه لا يصح رواية واحدة لجهالة الثمن فهذا هو المانع هنا من تفريقها وفي التاميم أن
البطلان في الكل مأخذين أحدهما كون الصفة لا تقبل التجزؤة والآخر أن الثاني جهالة العوض قال فلي
الأول يطرد الخلاف في كل العقود وعلى الثاني لا يطرد فيما لا عوض فيه أو لا يفسد بفساد عوضه
كالنكاح قال وعلى الأول لو قال يقبل كل واحد بكذا لم يصح ويصح على الثاني انتهى ثم انه حكى في
تعدد الصفة تفصيل الثمن وجهين وصحح بمدهما فلي هذا يصح في قوله يقبل كل واحد بكذا على
المأخذين ثم انه اختار أن المتبايعين إن عاها أن بعض الصفة غير قابل للبيع لم يصح رواية واحدة
لأنهما دخلا على جهالة الثمن وإن جهلا ذلك فهو محل الروايتين لأن الجهل يمثل ذلك تأثير في
الصفة كما لو شري المبيع الذي لا يسقط إرشه بعد المتق وهذا ضعيف فإن البائع علم بالعيب في العقد ولا
يمنع الصفة وكذا في بيع النخس واختار البائع بزيادة على الثمن عمداً فإن البيع يصح في ذلك كله
ويسقط بعض الثمن وهما هنا طريقة ثانية لدفع جهالة الثمن وهي تقسيطه على عدد المبيع لا على القيم
ذكره القاضي وابن عقيل وجهها في باب الشركة والكتابة من المجرّد والفصول فيما إذا باع عبدين
أحدهما له والآخر لغيره أن الثمن ينقسم عليهما نصفين كما لو تزوج امرأتين في عقد وهذا بعيد
جداً ولا أظنه يطرد إلا فيما إذا كانا جنسا واحداً . وذكرنا في باب الضمان من كتابيها طريقة
ثالثة وهي أنه يمساك ويصح العقد عليه بكل اثنين أو برده وهذا في غاية الفساد اللهم إلا أن
يخص هذا بمن كان عالماً بالحل، وأن بعض المفقود عليه لا يصح العقد عليه فيكون قد دخل على
بذل الثمن في مقابلة ما يصح عليه العقد خاصة كما نقول فيمن أوصى لحي وميت يعلم موته
يشئ أن الوصية كلها للحي . ولبعضهم طريقة أخرى في المسألة وهي أن كان ما لا يجوز عليه
العقد غير قابل للمعاوضة بالكتابة كالطريق بطل البيع لأنه غير قابل للتحويل بالكتابة وقياسه
الخير وإن كان قابلاً للصحة فقيه الخلاف . ذكره الأثرجي ولا يثبت ذلك في المذهب . وعلى
القول بالتفريق فلم يشترى الخيار إذا لم يكن عالماً بتعويض الصفة عليه وله أيضاً الأرض إذا أمسك
بالقسط فيما ينقص بالتفريق كالعبد الواحد وأتوب الواحد ذكره صاحب المنى في الضمان
الصورة الثانية أن يكون التحريم في بعض أفراد الصفة ناشئاً من الجمع بينه وبين الآخر فراعنا
حالتان إحداها أن يتنازع بعض الأفراد بمزية قبل يصح العقد بخصوصه أم يطل في الكل فيه

خلافوا الاظهر صحة ذي المزية (فن أمثلة صور ذلك) ما اذا اجتمع عقد نكاح بين أم وبنت فهل يبطل فيهما أو يصح في البنت لصحة ورود عقدها على عقد الأم من غير عكس على وجهين (ومنها) لو جمع حر واعد للطلول أو غير خائف للعنت بين حرة وأمة في عقد ففيه روايتان منصوبتان إحداهما يبطل النكاحان معا الثانية يصح نكاح الحرة وحدها وهي أصح لأنها تمتاز بصحة ورود نكاحها على نكاح الأمة من غير عكس فهي كالبنات مع الأم وأولى لجواز دوام نكاح الأمة معها على الصحيح أيضا (ومنها) أن يتزوج حر خائف للعنت غير واعد للطلول حرة تنفقه بافرادها وأمة في عقد واحد وفيه وجهان. أحدهما يصح نكاح الحرة وحدها وهو ظاهر كلام القاضى في المجرى لأن الحرة تمتاز على الأمة بصحة ورود نكاحها عليها فانخصت بالصحة. والثاني يصح نكاحهما معا قال القاضى وأبو الخطاب في خلافهما لأن له في هذه الحال قبول نكاح كل واحدة منهما على الانفراد فيصح الجمع بينهما كما لو جمع بين أمة ثم حرة. والاول أصح لأن قدرته على نكاح الحرة تمنعه من نكاح الأمة بمقارنة نكاح الحرة أولى بالمنع. أما اذا كان المتزوج عبدا وقتنا بمنه من نكاح الأمة على الحرة التي تنفقه وفيه وجهان. أحدهما أنه كالحر سواء قاله القاضى في الجماع وصاحب المهر. والثاني يصح جمعه بينهما في عقد بغير خلاف و [.] (١) وصاحب المأني لأن العبد لا تمنعه القدرة على نكاح الحرة من نكاح الأمة [.] مقارنة لنكاحها وأنا يمنع بسبق نكاح الحرة. الحالة الثانية أنه لا يمتاز بعضها عن بعض بموته فالشهور بالطلان في النكاح اذ ليس ببعضها أولى بالصحة مثل أن يتزوج أخوين في عقد أو خمساً في عقد فالذهب بالطلان في النكاح من عليه أحد في رواية صالح وأبي الحارث ونقل عنه ابن منصور اذا تزوج اخنتين في عقد يختار احدهما وتأوله القاضى على أنه يختارها بعقد متأنف وهو بعيد. وخرج القاضى فيما اذا زوج الوليان من رجلين وقما ما أنه يقرع بينهما فن أقرع فبى زوجته ويخرج هنا أمثلة. الصورة الثالثة أن يجمعها في صفقة شيئين يصح العقد فيها أم يبطل العقد في أحدهما قبل استقراره فانه يختص بالطلان دون الآخر. قال القاضى وابن عقيل رواية واحدة لأن التفريق وقع هنا دواما لا ابتداء والدوام أسهل من الابتداء ومع هذا فقد حكوا فيما اذا تفرق المتصارعان عن قبض بعض الصرف أنه يبطل العقد فيما لم يقبض وفي الباقي روايتان. تفريق الصفقة وهذا تفريق في الدوام الآن يقال القبض في الصرف شرط لانقضاء العقد لا دوامه وأن العقد مراعى بوجوده صرح به جماعة من الأصحاب فيكون التفريق

(١) محل الاصفار يباح بالاصل متأكل مكانه ولم نعتز عليه

حيثئذ في الابتداء غير ان القاضى حكى الخلاف في تفريق الصفقة في السلم والصرف بتمريضه في المسألة
بأن القبض شرط للدوام دون الانقضاء وهذا يقتضى ولا بد بتفريق الخلاف في تفريق الصفقة
دواما قبل استقرار العقد . وذكر أبو بكر الشامي أن مال الزكاة اذا بيع ثم أصدر البائع بالزكاة
فللسامع الفسخ في قدرها فاذا فسخ في قدرها فهل يفسخ الباقي يخرج على رواية تفريق الصفقة وهذا
تصريح باجراء الخلاف في التفريق في الدوام فان افسخ هنا بسبب سابق على العقد فلا يستقر
العقد معه فهذا في البيع ونحوه فأما في النكاح فان طرأ ما يقتضى تحريم إحدى المراتين بهينها كردة
ورضاع اختصت بانفساخ النكاح وحدها بغير خلاف وان طرأ ما يقتضى تحريم الجمع بينهما فان لم يكن
لاحديهما مزية بأن صارنا أمأ وبننا بالارتضاع فروايتان أصحهما يختص الانفساخ بالأم وحدها
اذالم يدخل بهما لأن الاستدامة أقوى من الابتداء فهو كمن أسلم على أم وبنات لم يدخل بهما فانه
يثبت نكاح البنات دون الأم والله أعلم .

وجد في آخر النسخة مانعه

الحمد لله كثير الإلتناء وعلى الله وعلى سيدنا محمد وآله ومحبيه وسلم تسليما كثيرا دائما الى يوم
الدين وحسبنا الله ونعم الوكيل ولا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم بحمد القواعد بتجديد مالكها
الفقيه الميرزا محمد بن أحمد بن سيف الحنبلي غفر الله له ولوالديه وشايعه في الدين أمين



فهرس كتاب

القول على

للمحافظ أبي الفتح عبد الرحمن بن رجب الحنبلي النوفلي^{٧٩٥هـ}

الحمد لله وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم
وبعد : فقد فكرت كثيرا في ترتيب فهرس كتاب القواعد (هذا) حين قارب الطبع التمام وكان
خطر لي أن أرتبة (أولا) على القواعد حسب وضع المؤلف ، الاولى ثم التي تليها وهكذا الى
الآخر وكان معنى ذلك ان آتي بامتحان القاعدة وفي ذلك من الصعوبة والطول ثم اغراض المسائل
المتدرجة تحت تلك القواعد ، ثم فكرت (ثانيا) في استخراج مسائله مرتبة على الابواب كما
صنع مبوب كتاب الاشباه والنظائر للعلامة ابن نجيم . وترددت بين هذا ذاك حتى غفرت بنسخة
وصلتني من نابلس وفي آخرها فهرس لمسائله على الابواب وضعه العلامة جلال الدين نهر الله
البغدادى الحنبلي فأسرعت في الشروع فيه اتماما للفائدة وهذا نص مقدمته:

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد خاتم النبيين وعلى آله وصحبه الطاهرين وسلم تسليما
كثيرا الى يوم الدين (وبعد) فانه لما كان كشف المسائل من كتاب تقرير القواعد ومحرير الفوائد
للشيخ الامام العلامة زين الدين بن رجب الحنبلي تفعده الله برحمته مطولا ، اجتهدت في جمع مسائله
حسب الامكان ورتبتها على ابواب الفقه من تشاكل المسائل ومناسبة بعضها بعضا على ترتيب
أصل الكتاب وذلك لتسهيل الكشف ، فاذا اردت أن تعرف المسألة من أى القواعد هي فانظر الى
حروف الجمل الصغيرة مرموزة بالاحمر عقيب كل مسألة

مثال ذلك إذا كان عقيب المسألة ق ن ج فاعلم أن القاف بمائة والنون بخمسين والجيم بثلاثة
فاطلب القاعدة الثلاثم والخمسين بعد المائة تجد المسألة في القاعدة المذكورة (١) ان شاء الله تعالى

(١) أبدلت تلك الحروف بالارقام كما تجد ذلك في صفحات الفهرس وقد زدنا رقم الصفحات

فالارقام التي على اليمين تشير الى الصفحات والتي على اليسار تشير الى القواعد

صفحة قاعدة		باب المياه والآنية	
٢٤١	١٠٩	٣	١
٣٤٤	١٥٩	٤	١
٣٤٤	١٥٩	٤	١
ابواب الوضوء والغسل والتيمم والمسح		لو غمس الآنية النجس في ماء جار	
٢	٤	١٣	١٦
٤	٦	٢٢	٢٩
٢٩	٣٩	١٠٣	٢٣٠
١٥٩	٣٤٢	١٠٥	٢٣٤
١٢	١٥	١٥٨	٣٣٥
٢	٤	١٥٨	٣٣٩
٣	٥	١٥٨	٣٣٩
٨	١٠	١٥٩	٣٣٩
٩	١٢	١٥٩	٣٤٣
٩	١٢	١٥٩	٣٤٣
١٣	١٦	١٥٩	٣٤٣
١٤	١٨	١٥٩	٣٤٣
١٥	٢٠	١٥٩	٣٤٣
١٨	٢٣	١٥٩	٣٤٣
٦٨	١٢٠	١٥٩	٣٤٣
١٨	١٢٠	١٥٩	٣٤٣
١٠٣	٢٣١	٨٥	١٩٢

اشتباه الآنية النجسة بالطاهرة

ثياب الكفار وأوائيم

ثياب الصبيان

ابواب الوضوء والغسل والتيمم والمسح

إذا مسح شعر المرأة بشهوة

الطهارة سبب وجودها الحدث

لو تعدى الخارج من السبيلين موضع المادة

التيمم المستقل ينقض الوضوء

مسح الأذنين

غسل الشعر في الجنابة

إذا مسح رأسه كله وقلنا الغرض منه قدر الناصية

ما كان وجوبه احتياطاً للعبادة كغسل المرققين في الوضوء

من عجز عن بعض غسل الجنابة

الوضوء بالماء المغصوب

الوضوء من الماء المحرم

إذا وجد النائم قبل نومه سبباً يقتضي خروج المذي

إذا وجد ثلثان مئياً في ثوب ينأمان فيه

إذا استيقظ من نومه فوجد في ثوبه بللاً

من عليه حدثان أصفر وأكبر ونوى الطهارتين

لو توضأ من مشبه ثم تبين أنه طاهر

لو توضأ شاكاً في الحدث

الوضوء إذا اعتبرنا له الموالاة

يقطعه الإنفريق اليه سير

باب المياه والآنية

صفحة قاعدة

الماء الجاري هل هو كالراكد

لو غمس الآنية النجس في ماء جار

لو انفسخ الحدث حدثاً أصغر في ماء جار

إذا وقع في الماء نجاسة ثم غاب عنه ثم وجده متغيراً

الماء إذا استهلك فيه النجاسة

مكثرة الماء القليل النجس بالماء الكثير

لو أخبره غيره أن كلباً ولغ في أحد هذين الآنتين بعينه

إذا وقع في الماء نجاسة وشك في بلوغه قلتين

إذا وقع في الماء اليسير روثه وشك هل هي من مأكول أو غيره

إذا وقع الذباب على نجاسة رطبة ثم سقط

إنخبار الثقة العدل أن كلباً ولغ في هذا الآنية

إذا تيقن الطهارة أو النجاسة في ماء وشك في زوالها

إذا سخن الماء بنجاسة

لو أدخل الكلب رأسه في آنية فيه ماء

إذا وقع في الماء اليسير ما لا تنفس له سائلة

طين الشوارع

شعر الحيوان في حكم المتفصل

الشعر لا ينجس بالموت

جلد الميتة المدبوع

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
٣٤٨	١٦٠	١٥	إذا اجتمع محدثان أكبر وأصغر وعندهما ما يكفي أحدهما
١٠	٧	٣٤٩	المستقيم إذا شرع في الصلاة ثم وجد الماء
٣٠١	١٣٤	٥	وجرد الماء بعد التيمم وقبل الشروع في الصلاة
٢٠	١٥	٦	إذا لبس خفا ثم أحدث ثم صلى
١٢٠	٦٨	٦	لوشك في المسح هل ابتدأه في السفر أو الحضر
٢٤٨	١١٣	٨	قوله عليه السلام إن أدخلتنيهما وهما طاهرتان
٣١٤	١٤٣	٨	إذا مسح على الخف ثم خلمه
		٩	باب الحيض
٢٣٧	١٠٦	١٠	الزائد على ما تجلسه المستحاضة
		١١	من أقل الحيض
٣٠٣	١٣٦	١١	الحيض والنفاس يحرم بهما الوطء في الفرج
٣٤٢	١٥٩	١١	المستحاضة المعتادة ترجع إلى عاداتها
		١١	كتاب الصلاة وما يتعلق بها
		١٢	يعفى من الأحكام وذكر الصلوات إلى الجنائز
٥٥	٥٢	١٣	لو كان جيبه وأسماعه ترى منه عورته في الصلاة لكن له لحية تستر
١٢	٥٩	١٣	الصلاة بالنجاسة وبغير سترة
١٢	٥٩	١٣	الصلاة في الثوب المنسوب والحرير
١٢	٥٩		الصلاة في البقعة المفصولة
١٢	٩	١٣	صلاة من عليه عمامة حرير
٣٤٩	١٦٠		إذا اجتمع المرأة ومعهم ثوب ليس هو لأحد منهم
		١٥	
		١٦	
		١٧	
		١٨	
		١٩	
		٢٠	
		٢١	
		٢٢	
		٢٣	
		٢٤	
		٢٥	
		٢٦	
		٢٧	
		٢٨	
		٢٩	
		٣٠	
		٣١	
		٣٢	
		٣٣	
		٣٤	
		٣٥	
		٣٦	
		٣٧	
		٣٨	
		٣٩	
		٤٠	
		٤١	
		٤٢	
		٤٣	
		٤٤	
		٤٥	
		٤٦	
		٤٧	
		٤٨	
		٤٩	
		٥٠	
		٥١	
		٥٢	
		٥٣	
		٥٤	
		٥٥	
		٥٦	
		٥٧	
		٥٨	
		٥٩	
		٦٠	
		٦١	
		٦٢	
		٦٣	
		٦٤	
		٦٥	
		٦٦	
		٦٧	
		٦٨	
		٦٩	
		٧٠	
		٧١	
		٧٢	
		٧٣	
		٧٤	
		٧٥	
		٧٦	
		٧٧	
		٧٨	
		٧٩	
		٨٠	
		٨١	
		٨٢	
		٨٣	
		٨٤	
		٨٥	
		٨٦	
		٨٧	
		٨٨	
		٨٩	
		٩٠	
		٩١	
		٩٢	
		٩٣	
		٩٤	
		٩٥	
		٩٦	
		٩٧	
		٩٨	
		٩٩	
		١٠٠	

صفحة	قائمة	صفحة	قائمة
١٥	١٢	مئة الجمعة بعد ها	مفر واحد
١٢	١٥	الفاظ الصلاة في التشهد	١٠٨ اذا أقيم في المصير جثمان
٢٢	١٧	اذا تعارض صلاة ركعتين وصلاة اربعة	١٣٣ صلاة التراويح ليلة النسيم
٢٢	١٧	رجل قرأ بتدبر وآخر قرأ سردا	١٣٣ صلاة الحاج عن غيره ركني الطواف
٢٢	١٧	رجلان أحدهما ارتاضت نفسه للطاعة	١٤٣ اذا حضر الجمعة أربعون من
٢٤	١٨	والآخر يجاهد نفسه عليها أيهما أفضل	اهل وجربها
٢٤	١٨	لو أدرك الإمام راكعا فكبر تبيرة	١٤٧ أحكام النساء على النصف من أحكام
٢٥	١٨	ينوي بها الاحرام والركوع	الرجال في مواضع
٢٥	١٨	اذا دخل المسجد وقد أقيمت الصلاة	١٥٨ اذا أدرك الإمام فذكر وركع معه
٢٥	١٨	فصل مهم سقطت التحية	وشك هل رفع إمامه
٢٥	١٨	لو سجد سجدتين معا	١٥٨ اذا شك هل ترك واجبا في الصلاة
٢٥	١٨	اذا صلى عقب الطواف مكتوبة هل	١٥٩ الاخبار بدخول وقت الصلاة بعد
٢٥	١٨	تسقط عنه ركعتا الطواف	الفراغ من الصلاة في ترك ركن
٢٥	١٨	إذا أدرك الإمام راكعا فكبر للاحرام	١٥٩ لو صلى ورأى عليه نجاسة وشك هل
٢٥	١٨	اذا اجتمع في يوم عيد وجمعة	لحقتها قبل الصلاة
٢٦	١٩	اذا طرأ على المكث ما سقط تكليفه	١٥٩ اذا غلب على ظنه دخول وقت
٢٦	١٩	بعد الوقت وقبل التمكن	الصلاة
٢٦	١٩	اذا وصل عادم الماء الى الماء وقد	١٥٩ اذا شك المصلي في عدد الركعات
٣١	٢٣	ضاق الوقت فعليه أن يتطهرو ويصلي	١٦٠ اذا استوى اثنان في الصفات المرجح
٣١	٢٣	اذا قلنا بوجوب الجمعة على العبد	بها في الإمامة
٤٠	٣١	فهل يتوقف على إذن السيد	باب الجنائز
١٠٧	٥٨	اذا صلى المسافر خلف مقيم	٨٤ اذا مات الحامل وصلى عليها هل ينوي
١٢٠	٦٨	اذا تعمد المأموم سبق إمامه	الصلاة على حملها
١٢٥	٧٠	اذا صلى بظن نفسه محدثا فتيقن متطهرا	١٢٠ يقدم الاخ لابوين على الاخ
٢٢٩	١٠٠	النهي عن الكلام والإمام يخطب	للأب في الصلاة على الجنائز
٢٣١	١٠٣	فعل الصلاة المنذورة في وقت النبي	١٥٣ ولاية الصلاة على الجنائز
١٠٣	١٠٣	الصلاة يجوز البناء عليها اذا سلم ساهيا	١٥٩ المقبرة المشكوك بنجسها هل يحكم
	١٠٣	المسافر اذا أقام أربعة أيام فهو	بنجاستها

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٣٢٥	١٥٩	لو وجد في دار الاسلام ميتا	١٣٦
		مجهولا فهل يصلى عليه	١٣٣
٣٤٩	١٦٠	اذا قدم بميتين الى مقبرة للسبيل	١٦٨
		وضاقت وتشاحا	
٣٤٩	١٦٠	اذا اجتمع ميتان فينبل لهما كفنان	١٧٨
		الواحد أجود وتشاحا	١٩٥
		باب الزكاة	١٩٥
٥	٣	اذا أدى عن خمس من الابل بعيرا	١٩٥
٥	٣	اذا أخرج سنا أعلى من الواجب	١٩٥
٧	٥	اذا عجل عن أربعة وعشرين من	١٩٩
		الابل أربع شياه	٢٢١
٨	٥	اذا عجل الزكاة الى فقير فتغير حاله	٢٢١
١١	٨	اذا تدبر على بعض صاع في صدقة الفطر	٢٢١
٢٦	١٩	الزكاة اذا تلف المال قبل التمسك	٢٢١
		فعلية الزكاة	
٢٧	٢٠	لو كان عند دون نصاب فكل بتاجه	٢٢٩
٢٧	٢٠	لو عجل الزكاة عن تمام النصاب قبل	٢٢٩
		وجوده	
٣٩	٢٩	لو أدى زكاته الى واحد وقتلنا يجب	٢٢٩
		الاداء الى ثلاثة	٢٣٠
٤٠	٣٠	اذا عجل الزكاة فدفعها الى فقير ثم	٢٣١
		هلك المال	
٤٠	٣٠	لو عجل عن ثلاثين من البقر تبعها	٢٧٢
		ثم تبعها	٢٧٢
٥٢	٤٠	عروض التجارة اذا خرجت عن	٢٧٢
		ملكه بنير اختياره	٢٩٥
١٢٠	٦٨	لو كان له مال حاضر وغائب فأدى	٢٩٦
		ونوى عن الغائب	
		هل يكون الرجل مصرفا لركاته	٧٠
		إذا أخذ الحاج من الزكاة ليصحب به	٧٢
		إذا عجل الزكاة ثم هلك المال وقتلنا	٨٢
		له الرجوع بها	
		إخراج الزكاة عن الحمل	٨٤
		هل الحق متعلق بجميع النصاب أو	٨٥
		بمقدار الزكاة	
		ومع التعلق بالمال هل يكون ثابثا	٨٥
		في ذمة المسالك	
		وهل يمنع من التصرف	٨٥
		الملاح أكله من مال الزكاة	٨٧
		لو امتنع من أداء الزكاة	٩٦
		لو تعدل استئذان من وجبت عليه	٩٦
		الزكاة	
		ولي الهب والمجنون يخرج منهما	٩٦
		الزكاة	
		لو أخرج الجيران في زكاته للأبل	١٠١
		شاة وعشرة دراهم	
		لو أخرج عن أربع مائة من الأبل	١٠١
		أربع حفاق	
		لو أخرج في الفطر صاعا من جنسين	١٠١
		أنفار من الزكاة قبل تمام الحول	١٠٢
		إذا ترك العمل في المعدن ثم عاد	١٠٣
		هل يضم	
		الأخذ من الزكاة بالفقر والغرم	١١٩
		الأخذ من الخمس بأوصاف	١١٩
		الأخذ من الصدقات المنذورة	١١٩
		المستكن والخدام والمركب ليس	١٣٠
		يمنع من أخذ الزكاة	
		لا تمنع المرأة من أخذ الزكاة إذ	١٣١

صفحة	قائمة	صفحة	قائمة
١٢٨	٨٤	١٢٨	فطر الحامل اذا خافت على جنينها
٢٩٦	١٣٢	٢٩٦	القوى المكتسب لا يباح له أخذ الزكاة
٣٠٨	١٣٨	٢٩٨	الزكاة إذا قلنا تتعلق بالعين لا تسقط بتلف المال
٣١٢	١٤١	٣٠٠	لو ترك الساعي زكاة الثمار أمانة
٣١٤	١٤٣	٣٣٩	يبدل المال فأنلفها
٣٢١	١٤٩	٣٣٩	لو أبدل نصاباً من أموال الزكاة بنصاب من جنسه
٣٢٦	١٥٣	٣٤١	المال المستحق لغير معين كالزكاة لا يقف أدائه على مطالبة
٣٣٦	١٥٨	٤	المنع من دفع الزكاة الى الولد
٣٣٦	١٥٨	٦	إذا كان ماله غائباً فإن كان منقطعاً
٣٣٦	١٥٨	٨	خبره لم يجب إخراج الزكاة
٣٣٦	١٥٨	١٣	العبد الآبق المنقطع خبره هل يجب فطرته
			كتاب الصيام
١١	٨	١٤	صيام بهض اليوم إن قدر عليه
١٢	٩	٢٠	صوم يوم العيد
١٢	٩	٢٤	صيام أيام التشريق
١٣	١١	٢٥	صوم رمضان لا يصح فيه أن يصوم عن غيره
٢٧	١٩	٢٥	إذا بلغ الصبي مفطراً
٣٧	٢٧	٢٥	الحامل والمرضع إذا أفطرتا
٣٧	٢٧	٢٥	لو نجا غريقاً في رمضان قد دخل الماء الى حلقه
١٠٤	٥٨	٢٧	إذا أدركه الفجر وهو مجامع
١٢١	٦٨	٣٩	إذا نوى ليلة الشك أن كان غداً
		٣٩	من رمضان فهو فرضي
		٤	صيام التمتع والقرآن فإن سببه العمرة
		٦	إذا أحج المصنوب عن نفسه
		٩	الحج بالمال المنصوب
		١١	إذا حج تطوعاً قبل حجة الاسلام
		١١	لو حج عن نذره وعليه قضاء
		١٩	هدى المتعة إذا عدمه
		١٨	القارن إذا نوى الحج والعمرة كفاه طواف واحد
		١٨	لو طاف عند خروجه من مكة طوافاً واحداً نوى به الزيارة والوداع
		١٨	إذا قدم المتمتع مكة فإنه يبدأ بطواف العمرة
		١٨	لو أخر طواف الزيارة الى وقت خروجه فطافه هل يسقط عنه طواف الزيارة
		١٩	الحج لا يشترط لوجوبه التمكن
		٢٣	حج الزوجة القرض باذن الزوج
		٢٦	لو حلق المحرم رأسه لتأذيه بالقليل فذاه

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	
٣٦	٢٦	لو وقعت يهضة لعامة في الحرم على عين إنسان فدفنها فانكسرت
٤٠	٣١	إذا أحرم من يده ثم أقصد نسكاً
١٠٤	٥٨	إذا أحرم وعليه قميص فانه ينزعه في الحال
١٠٦	٥٨	غسل الطيب للمحرم
١٣٣	٧٢	إذا أخذ الحاج نفقة من غيره ليجتمع عنه
٢٢٢	٩٦	لو أحرم وفي يده المشاهدة صيد فاطلقه
٢٢٣	٩٦	إذا اصطاد المحرم صيداً
٢٣١	١٠٣	الطواف إذا تخلله صلاة
٢٣٢	١٠٤	أحرم بمثل ما أحرم به فلان
٢٣٨	١٠٦	إذا أحرم بنفسك وأنسيه
٢٤٦	١١٢	إذا وجد المحرم صيداً وميته يأكل الميتة
٢٦٧	١١٦	إذا باع العبي أو دقق العبد وهما محرمان
٢٨٨	١٢٧	لو أحرم وفي يده المشاهدة صيداً وتمسك من إرساله فلم يفعل حتى قتله محرم
٢٩٥	١٣٠	المسكن والخادم أو الذي يهودنعه على العيال لا يباع في الحج
٢٩٧	١٣٢	وجوب الحج على القوى المكتسب
٣٠١	١٣٤	الرجل يملك منع زوجته من حج التذرع
٣١٣	١٤٢	نبات الحرم إذا قطعته
٣١٨	١٤٤	إذا مات وعليه عبادة واجبة تفعل عنه بعد موته كالحج والتذرع
٣٤٥	١٥٩	إذا شك في عدد الطواف
كتاب البيع		
لو باع أمة له فولدت عند المشتري فأدعاه البائع	١٧	١٣
لو اشترى شيئاً ورهنها	٢٢	١٦
لو اشترى شيئاً فاستغله وبها عنده	٢٧	٢٠
إذا اشترى عبداً بشرط العتق	٣٢	٢٣
لو بادر الغالب قبل إحراق رحله وباعه	٣٣	٢٤
لو باع المشتري الشقص المشفوع	٣٣	٢٤
لو أمر النسي يهدم بناءه فباعه لمسلم	٣٣	٢٤
لو مال جداره الى ملك جاره فأمر بهدمه فباعه	٣٣	٢٤
لو اشترى عبداً بشرط العتق ثم باعه بالشرط	٣٤	٢٤
لو باع العبد الجاني لرم ابتداءه	٣٤	٢٤
لو باع نصاب الزكاة بعد الوجوب	٣٤	٢٤
المبيع إذا استثنى البائع نفعه	٤١	٣٢
لو باع أمة حامل لبحر	٤١	٣٣
لو باع عقاراً يستحق السكنى فيه	٤١	٣٣
بيع الدار المأجورة	٤١	٣٣
لو اشترى أمة مزوجة	٤٢	٣٣
لو اشترى أمة أو عبداً محرماً	٤٢	٣٣
البيع الفاسد	٦٧	٤٧
قاعدة كل من ملك شيئاً بعوض ملك عليه عرضه	٦٩	٤٨
قاعدة القبض في العقود قسيان أحدهما موجب المقدم ومقتضاه	٧١	٤٩
وإثاني من تمامه		
قاعدة هل يتوقف المالك في العقود القهرية على دفع الثمن أو بدونه	٧٢	٥٠

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	
٧٤	٥١	قاعدة فيما يعتبر القبض لدخوله في ضمان مالكة
٧٨	٥٢	قاعدة التصرف في المملوكات قبل قبضها
٨٨	٥٣	بيع النصاب بعد الحول
٨٨	٥٣	بيع الجاني
٩٠	٥٤	مفارقة أحد المتبايعين للآخر بغير اذنه
٩٠	٥٤	تصرف المشتري في المفقوع بالوقف
٩١	٥٥	إذا باع بشرط الخيار وتصرف
٩٢	٥٥	إذا باع أمة بعدد ووجد بالعبد عبدا
٩٥	٥٦	لو باعه شيئا بشرط أن يرهنه على ثمنه
١٠٢	٥٧	إذا اشترى المريض أباه بضمن لا يملك غيره
١٠٢	٥٩	إذا تلف المبيع في مدة الخيار
١٠٢	٥٩	إذا تلف المبيع المهم قبل قبضه
١٠٨	٥٩	إذا تابعا جارية بعبد ثم وجدتهما بما قبضه عبدا
١٠٨	٥٩	إذا تلف بعض المبيع المعيب وأراد رده
١٠٩	٥٩	إذا تلفت العين المعيبة كلها فهل يملك المشتري الفسخ
١٠٩	٥٩	إذا اشترى ربويا بجنسه فإن معيبا
١٠٩	٥٩	الاقالة تصح بعد تلف العين
١١٥	٦٣	فسخ المبيع المعيب
١١٦	٦٣	الفسخ بالخيار
١١٦	٦٤	لو أذن البائع للمشتري في التصرف في مدة الخيار
١١٧	٦٥	لو باع مال أبيه بغير اذنه ثم بان أنه كان قد مات
		إذا اشترى جارية فبانت حاملا

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٨٧ ٨٤ ورود العقد على الحامل إن قلنا	٣٤١ ١٥٩ إذا اختلف المتبايعان يوم العقد
١٩١ ٨٥ لو باع أرضاً فيها زرع	٣٤٩ ١٦٠ اشتبه عبده بعبد غيره فهل يصح بيع عبده المشتبه قبل تمييزه
٢٢٧ ٩٩ لا يجوز بيعه	
٢٢٨ ٩٩ بيع رباع مكة وإيجارها لا يجوز	
٢٣٣ ١٠٤ البراءة من عبوب البيع	٣٥ ٢٢ لو اشترى ثمرة فلم يقبضها حتى احتطت
٢٤٥ ١١٠ لو اشترى شيئاً نظراً على عيب فيه	
٢٤٨ ١١٣ مسألة مد عجوة	٤٢ ٣٣ لو اشترى نجراً عليه بمر
٢٥٢ ١١٣ إذا باع رجل عبدين له من رجلين بشئ واحد	٤٤ ٣٥ لو اشترى لئلاً لم يقرب بشرط قطعه
٢٦٣ ١١٥ عقود التمليكات المضادة إلى عدد	١٠٧ ٥٩ إذا اشترى في الشجر
٢٦٥ ١١٦ الفسخ بالعيب والخيار	١٣٤ ٧٣ اشترى الزرع حصاهه على الدائع
٢٦٩ ١١٨ تطبيق فسخ البيع بالثقة	١٥٧ ٨٠ اصول البازح لا يجوز بيعه منفردة
٣٠١ ١٣٥ قاعدة الملك القاصر لا يبيع	١٥٧ ٨٠ لو اشترى امرأة ناهية فالتفت بجانيها
٣١٤ ١٤٣ إذا اختلف المصارفان ثم وجد أحدهما بما قبضه عيباً	١٥٩ ٨١ إذا اشترى قسيلاً شرط القطع
٣١٥ ١٤٣ لو أبدل مصحفاً بمثله جاز	
٣١٥ ١٤٣ الموضع هل يقوم مقام الموضع	٥٠ ٣٨ إذا أسلم في شيء حالاً
٣١٦ ١٤٤ خيار الشرط إذا طالب به الميت قام وارثه مقامه	٥٠ ٣٨ لو قال له في دين السلم صالحني منه على مثل الثمن
٣١٦ ١٤٤ حق الفسخ بخيار الشرط فلا يورث بغير مطالبة	١٣٥ ٧٣ شرط إيفاء المسلم فيه في غير مكان العقد
٣١٧ ١٤٤ الرد بالعيب هل هو ثابت للورثة ابتداء أو بطريق الارث	
٣٢٢ ١٥٠ فيمن اشترى لحماً ثم استزاد البائع ثم رد اللحم ببيع فالزيادة لصاحب اللحم	٣٢ ٣٧ إذا امتنع الراهن من بيع الرهن
٣٣٧ ١٥٨ إذا ظهر بالمبيع عيب واختلفا	٤٧ ٣٧ إذا رهنه شيئاً ثم أذن له في الاتماع به
	٣٧ ٤٨ ورود عقد الرهن على الغصب

باب السلم

باب الرهن

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٤٨ ٣٧ رهن المبيع المضمون على البائع قبل قبضه	٥٢ ٤٠ رجوع غريم المفلس في الساعة التي وجدها
٤٨ ٣٧ قال الراهن للمرتبن إن جئتك بحقك والا فلا رهن لك	٥٣ ٤٢ لذي لا يجب أدائه بدون مطالبة
٥١ ٤٠ رهن عينا ثم زال ملكه عنها	٨٧ ٥٣ إذا حل الدين على الغريم وارد السفر
٥١ ٤٠ لو صالحه من دين الرهن على ما شرط قبضه	٨٧ ٥٣ المفلس إذا طلب البائع منه سلعته
٥٢ ٤٠ لو أعاد الرهن بطل	١٣٠ ٧١ ولي اليتيم يأكل مع الحاجة بقدر عمله
٥٣ ٤١ لو أ تلف الرهن مثله وأخذت قيمته	١٤٧ ٧٧ غراس المفلس وبنائه إذا رجع بائع الأرض
٦٥ ٤٥ إذا تعدى المرتبن زال اتيمانه	١٥٨ ٨١ المبيع إذا أفلس مشتريه قبل تنديته
٨٧ ٥٣ التصرف في المرهون لا يصح	١٦٩ ٨٢ تمام فسخ البائع لافلاس المشتري
١٣٩ ٧٥ مؤنة الرهن	١٩٥ ٨٥ تملك حق غرماء المفلس بماله
١٣٩ ٧٥ لو خربت الدار المرهونة	٢٤٥ ١١٠ لو أناه الغريم بدينه في عمله ولا ضرر
١٦٧ ٨٢ تمام المرهون	٢٦١ ١١٥ غرماء المفلس الذي لا يفي ماله
١٧٩ ٨٤ لو وطئ الراهن أمته المرهونة	٢٩٥ ١٣٠ المفلس لا يبيع داره ولا خادمه
٢٢٥ ٩٧ الرهون التي لا يعرف أهلها	٢٩٦ ١٣٠ الشريك إذا حقق حصته وليس له سوى مسكن وخادم فهو ممسر
٢٤٥ ١١٠ إذا حل دين الرهن وامتنع من توفيقه	٢٩٦ ١٣١ إذا أفلست المرأة وهي ممن يرغب في نكاحها
٢٥٠ ١١٣ إذا رهنه اثنان عينين وقضى أحدهما ما عليه	٢٩٦ ١٣١ لو كان للمفلس أم ولد لم يجبر على إنكاحها
٢٥٣ ١١٣ لو وضع المتراهنان الرهن على يد عدلين	٢٩٧ ١٣٢ في اجبار المفلس على التكسب
٣٠٨ ١٣٨ الرهن يضمن بالاتلاف	٣١٧ ١٤٤ لا يحل الدين المؤجل بالموت إذا وثق الورثة
٣١٨ ١٤٤ إذا مات الراهن قبل اقباض الرهن	٣١٨ ١٤٤ إذا مات وعليه دين فلورثة تنفذها
باب الحجز والتفليس	٣٢١ ١٤٩ إذا مات من لا وارث له وعليه دين فهل يحل
١٤ ١١ التصرفات المالية وعليه دين	
١٧ ١٣ استيفاء الحق من مال الغريم	
٢٣ ٢٣ إذا أنى الغريم بدينه فأبى قبضه	

صفحة قاعدة	باب الصلح	صفحة قاعدة
٢٢٧ ٩٩ الماء الجارى والكلا يجب بذل الفاضل منه	٣١ ٢٣ أخذ فاضل الماء والكلا من أرضه	
٢٧٧ ٩٩ وضع الخشب على جدار الجار اذا لم يضره	١٤٢ ٢٦ اذا انهدم الحائط المشترك	
٣١٤ ١٤٢ الجدار المشترك اذا انهدم وأقامه أحد الشريكين	١٤٣ ٢٦ اذا انهدم السقف بين سفلى وعلو	
٣١٤ ١٤٢ اذا انهدمت الكنيسة التى تقرر فى دار الاسلام	١٤٤ ٢٦ القناة المشتركة اذا انهدمت	
٣٥٠ ١٦٠ اذا استبقى اثنان الى الجلوس بالأماكن المباحة	١٤٦ ٢٦ الزرع والشجر المشترك اذا طلب أحد الشريكين سقيه	
٣٥٠ ١٦٠ اذا استبقى اثنان الى معدن مباح	١٤٩ ٢٧ من كان فى أرضه نخلة لغيره	
٣٥٠ ١٦٠ اذا اجتمع اثنان بين نهر مباح	١٩٠ ٨٥ من نبت له فى أرضه نخل أو نحو من المباحات	
باب الحوالة والضمان	١٩١ ٨٥ وضع الجار خشبه على جدار جاره	
٣٣ ٢٣ الحوالة على المولى	١٩١ ٨٥ اجراء الماء فى أرض غيره	
٣٦ ٢٦ لو اشرفت السفينة على الفرق فالقضى متاع غيره	١٩٢ ٨٥ مرافق الاملاك هل هى مملوكة	
٥٥ ٤٣ قاعدة فيما يضمن من الاعيان بالعقد أو البد	١٩٣ ٨٥ مرافق الأسواق المتسعة	
٦٧ ٤٧ قاعدة فى ضمان المقبوض بالعقد الفاسد كل عقد يجب الضمان فى صحيحه يجب فى فاسده	١٩٣ ٨٥ الجلوس فى المساجد ونحوها	
١٢٠ ١٢٧ لو قضى الضامن الدين ثم وهبه التبريم له	١٩٧ ٨٦ المتنفع بملك جاره	
١٣٧ ٧٥ اذا قضى عنه ديناً واجبا عليه بغير اذنه	١٩٧ ٨٦ اقطاع الارفاق كمقاعد الأسواق	
١٣٨ ٧٥ لو اتفق على عبده الآبق فى حالرده اليه نفقة طائر غيره اذا عشنه عنده	١٩٨ ٨٧ مرافق الاملاك من الآفنية والازقة	
١٣٩ ٧٥ نفقة طائر غيره اذا عشنه عنده	١٩٩ ٨٧ الماء والكلا فى الارض	
١٤١ ٧٥ اذا غلب الزوج فاستأذنت الزوجة لنفقة على نفسها فانها ترجع بذلك	١٩٩ ٨٧ منافع الارض الحراجية	
	٢٠٠ ٨٧ المصالحة بموضع على وضع الاخشاب	
	٢٠١ ٨٨ اذا حفر فى طريق واسع نراً	
	٢٠١ ٨٨ اذا بنى مسجداً فى طريق	
	٢٠٢ ٨٨ بناء غير المساجد	
	٢٠٢ ٨٨ اختصاص آساد الناس فى الطريق	
	٢٠٣ ٨٨ الحفر فى الطريق	
	٢٠٤ ٨٨ اشراع الاجنعة	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٦٧	٨٢	الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلقن بأولادهن شيء
٢٠٤	٨٩	قاعدة أسباب الضمان ثلاثة عقد ويد واتلاف
٢٠٦	٩٠	من له ولاية شرعية بالقبض
٢٠٦	٩٠	من قبض المال لحفظه على المالك
٢٠٧	٩١	قاعدة يضمن بالعقد وباليدين الأموال المحضة المنقولة
٢٢١	٩٥	لو غاب الزوج فانفقت الزوجة من ماله
٢٢١	٩٦	لو امتنع من وفاة دينه وله مال
٢٥٤	١١٣	إذا ضمن اثنان دين رجل
٢٦٥	١١٦	إذا انعقد سبب الملك أو الضمان
٢٨٥	١٢٧	لو فتح نقصا عن طائر
٢٨٦	١٢٧	المكروه على اتلاف مال الغير
٣١١	١٤٠	الضالة المكتومة تضمن بقيمتها مرتين
٣١٧	١٤٤	الكفيل هو كالمهرن
٣١٧	١٤٤	إذا مات وله دين به ضامن اتتسل الى الورثة مضمونا
٣٣٧	١٥٨	من لومه ضمان قيمة عين فوصفها بعيب ينقص القيمة
باب الشركة		
٢٧	٢٠	لو قارض المريض في مرض الموت وسمى للعامل أكثر من أجرة المثل
٢٨	٢٠	لو فسخ المالك المضاربة
٢٨	٢٠	المشاركة بين اثنين بمال أحدهما
٢٩	٢٢	لو خلط زيت به زيت غيره فهل هو استهلاك أو اشتراك
باب الوكالة		
٢٩	٣٩	الوكيل في البيع يملك البيع بمن المثل
٤٤	٦١	قاعدة في قبول قول الأمانة في الرد والتلف
٤٥	٦٤	الوكيل إذا تعدى
٥٦	٩٦	لو قال إذا تزوجت فلانة فقد وكلت في طلاقها

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١١٠ ٦٠ الوكيل في بيع الرهن	٢٣٢ ١٠٤ البراءة من الجهول
١١٢ ٦٠ اذا وكله ثم عزله وتصرف قبل العلم	٢٣٤ ١٠٥ الاقرار يصح بالجمع
١١٦ ٦٤ لو تصرف في مال غيره ثم تبين انه	٢٧٠ ١١٩ لو قال هذه الدار لزيد ولي منها هذا
	كان قد اذن له البيت
١٢١ ٦٨ لو وكله في شراء جارية فاشتراها	٢٩٩ ١٣٣ البراءة المعلقة بموت المبري
	له ثم جعد الموكل
١٢٤ ٦٩ الوكيل وتوكيله	٣٢٣ ١٥١ لو أقر المحبوس أو المضروب عدوا؛
١٢٤ ٦٩ العبد المأذون له هل له أن يوكل	ثم ادعى الاكراه
١٢٤ ٦٩ الصبي المأذون له هل له أن يوكل	٣٤٨ ١٥٩ اذا قال له عندي درهم ودرهم ودرهم
١٢٧ ٧٠ الوكيل في البيع هل له الشراء من	باب العارية
	نفسه
١٢٨ ٧٠ شراء الوكيل اوكله من ماله	٤٨ ٣٧ اذا أعاره شيئا ليرهنه
١٢٩ ٧٠ اذا وكل غريمه أن يبرى غرماء	٤٩ ٣٨ لو أعاره شيئا وشرط العوض
١٣١ ٧١ الوكيل والأجير هل لهما الأكل	٥١ ٤٠ لو أعاره شيئا وزال ملكه عنه
١٣٣ ٧٢ يجوز اشتراط الوكيل النفقة	٤٠ ٤٠ الاعيان المضمونة يجب ردها
٢١٧ ٩٤ وكيل الوكيل	١٤١ ٧٥ أعاره شيئا ليرهنه ثم افقكه المعير
٢١٧ ٩٤ المشتري من الوكيل المخالف	١٤٧ ٧٧ غراس المستعير وبنائه اذا رجع المعير
٢٦٩ ١١٨ تعليق فسخ الوكالة على وجودها	١٤٨ ٧٧ القابض بصقد فاسد من المال اذا
٢٧٨ ١٢٣ لو وكله في أن يطلق زوجته	غرس فله الملك تملكه بالقيمة كغرس
٣٠٠ ١٣٣ الوكيل ووصي اليتيم لهما ان يتناعا	المستعير
	بزيادة على ثمن المثل
٣٥٧ ١٦٠ اذا وكل وكيلًا في طلاق زوجته	١٥١ ٧٨ لو أعاره أرضا للغرس ثم أخذ غرسه
	لا يرد عقد الاعارة على ولدها
يعتزلها	١٦٧ ٨٢ اعارة العارية
	١٩٧ ٨٧ المستعير لا يملك نقل حقه من الارتفاع
	١٩٨ ٨٧ لو أورد المالك خلفه على الباب
	٢٠٩ ٩٢ المستعير من المستعير
	٢١٧ ٩٤ المستعير من المستأجر
	٢١٧ ٩٤ اعارة الحلي
	٢٢٧ ٩٩ المصحف يجب اعارته
	٢٢٧ ٩٩ لو أعاره حائطًا لوضع خشبة عليه
	٣١٣ ١٢٢ فسهط
	باب الاقرار
٣٦ ٢٥ لو أقر له بمظروف في ظرف	
١١٧ ٦٥ لو أبرأ معتقدا انه لا شيء عليه ثم	
	تبين انه كان عليه
١٨٣ ٨٤ الاقرار المطلق للحمل	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة		صفحة قاعدة
١٥٥	٧٩	الشفيع اذا اتزع الارض وفيها زرع	باب النصب
١٨٣	٨٤	لو اختلطت ذراهه بدرهم مفسوبة	٢٢ ٣٠
٢٦١	١١٥	لو غصب طعاما ثم باحه له المالك	٦٤ ١١٦
٢٦٥	١١٦	فاكله غير عالم بالاذن	
٣١٦	١٤٤	غرس المشتري من الغاصب	٧٧ ١٤٨
٣١٦	١٤٤	غرس الغاصب وبنائه	٧٧ ١٤٩
		لو غصب فصيلا وادخله داره فكبر	٧٨ ١٥١
١١٠	٦٠	لو غصب ثوبا فغصبه	٧٨ ١٥١
١١١	٦٠	زرع الغاصب	٧٩ ١٥٢
١٣٣	٧٢	اذا غصب أرضا فزرع فيها ما يتكرر	٨٠ ١٥٢
		حمله	
١٣٤	٧٣	لو غصب دابة عليها مالها	٩٢ ٢٠٩
		لو دخل دار انسان بغير إذنه	٩٢ ٢٠٩
١٤١	٧٥	لو كانت العين ملكا لاثنتين فرغ	٩٢ ٢٠٩
١٥١	٧٨	الغاصب يد أحدهما	
١٥٥	٧٩	قاعدة من غصب مفسوبا من مالها	٩٣ ٢١٠
		النفوس والودائع لو أداها أجنبي	٩٦ ٢٢٣
١٥٦	٧٩	النفوس التي جبل رباها	٩٧ ٢٢٦
		الأموال المفسوبة والمنهوبة مع	٩٨ ٢٢٧
		النفوس	
١١٦	٢٦٥	اذا تملك المالك زرع الغاصب	
		باب الشفعة	
٣٨	٢٨	الشفيع اذا طالب بالشفعة	٥٣ ٨٧
٤٢	٣٤	غراس المشتري في الأرض	٧٧ ١٤٧
٤٣	٣٥	المشفوعة	
		اذا غرس المشتري في أرض ثم	٧٨ ١٥١
٤٤	٣٥	اتزعها الشفيع	
		استأجر دارا من أبيه ثم مات الأب	
		لو تنازع المؤجر والمستأجر في شيء من الدار	
		لو استأجر دابة فزاد	
		لو أجر عبده مدة ثم أعتقه	
		لو اشترى المستأجر العين المستأجرة من مؤجرها	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٤٤	٣٦	قاعدة من استأجر من له ولاية	١٩٧
		الايحار ثم زالت ولايته	١٩٧
٤٦	٣٨	لو استأجر المكيل أو الموزون	١٩٧
٤٩	٣٨	لو أجره الارض ثلث ما يخرج منها	٢٠٩
٥٠	٣٩	لو أجره عينا بلفظ البيع	٢٠٩
٥١	٤٠	استأجر شيئاً مدة فوال ملك صاحبه	٢١٧
٦٥	٤٥	إذا استأجره لحفظ شيء مدة	٢١٩
٦٨	٤٧	حكم الاجارة الفاسدة	
١٠٧	٥٩	إذا تلفت العين المستأجرة قبل	٢٧٧
		مضى مدة الاجارة	٣١٤
١٢٣	٦٩	الاجير المشترك يجوز له الاستئابة	٣٢٣
١٢٥	٧٠	إذا أذن له بمحفي التجارة لم يملك إجارة	
		نفسه	٣٣٧
١٣٢	٧٢	استجار الفطر بالطعام والكسوة	
١٣٢	٧٢	استجار غير الفطر	
١٤٠	٧٥	عمارة المستأجر في الدار المستأجرة	
١٤٧	٧٧	غراس المستأجر بعد انقضاء المدة	١٩٠
١٥١	٧٨	إذا أجره أرضاً للغراس وانقضت	١٩٨
		المدة	٢٤٥
١٥٢	٧٩	إذا أجره لزوع شيء فزوع ماضره	
		أعظم منه	
١٥٣	٧٩	الزوع بمقد فاسد ممن له ولاية	١٣٥
		العقد	
١٥٤	٧٩	الزوع بمقدم يظن أن له ولاية	١٣٥
		العقد فتيين بخلافه	١٣٦
١٥٥	٧٩	زوع أرضاً بماكها لها أو باذن مالكها	
		ثم انتقل ملكها الى غيره	٢٨
١٦٧	٨٢	الاجير كالأعني في يده أمانة	٤١
١٦٧	٨٢	المستأجر الماء في يده أمانة	٥٣
١٧٧	٨٧	احارة المستأجر	١٣٦
		إجارة الوقف	٨٧
		اجارة المنافع المستئابة	٨٧
		اجارة أرض العنوة	٨٧
		لو استأجر الدابة الى مسافه	٩٧
		الاجير المشترك اذا جنت يده	٩٢
		المستأجر من المستأجر	٩٤
		إذا دفع القصار ثوب رجل الى	٩٥
		غيره خطأ	
		لو استأجر أجيراً يعمل له مدة	١٢٢
		إذا أجر داراً فانهدم جدارها	١٤٢
		لو دفع ثوبه إلى من يخطه أو يقصره	١٥١
		وهو معروف بأخذ الأجرة	
		إذا أجره عبداً أو سلمه اليه ثم ادعى	١٥٨
		أن العبد أبق	
		باب لإحياء الموات	
		متحجر الموات	٨٥
		متحجر الموات ومن أنقطعه الامام	٨٧
		لو تحجر مواتاً ولم يجبه	١١٠
		باب الجمالة	
		فيمن يستحق العوض من حمل	٧٤
		بغير شرط	
		من رد آبقاً على مولاة	٧٤
		من أنقذ مال غيره من التلف	٧٤
		باب الوقف	
		لو ولدت الامة الموقوفة	٢١
		يصح أن يقف ويستثنى منقذته	٣٧
		إذا أتت الوقف	٤١
		هل يكون الواقف مصرفاً لوقفه	٧٠

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٣١ ٧١ ناظر أوقف والصدقات لها الأكل	٢٣٧ ١٠٥ لو كان له إبتان اسمها واحد وهب
١٦٦ ٨٢ الماتق وقفها بألوت	٣١٦ ١٤٤ لأحداها شيئا ولم يبين
١٨٣ ٨٤ استمتع بالحل من الوقف	٣١٦ ١٤٤ الفسخ الثابت بالرجوع في البية
١٩٦ ٨٦ منافع الوقف وثمرته	٣١٨ ١٤٤ لا يثبت بدون مطالبة الميت
٢٣٧ ١٠٥ وجد في كتاب وقف أن رجلا	٣١٨ ١٤٤ إذا مات الواهب قبل لزوم البية
وقف واشتبه	٣٢٠ ١٤٧ أحكام النساء على النصف من أحكام
٢٣٩ ١٠٧ الوقف على من يولد لعلان	الرجال من عطية الأولاد
٢٣٩ ١٠٧ الوقف على ولده وولد ولده	٣٢٢ ١٥٠ هدية المقرض
٢٣٩ ١٠٧ وقف على ولده ثم على ولدهم	٣٢٢ ١٥٠ هبة المرأة زوجها صدقتها
٢٦٣ ١١٥ الموقوف عليهم إذا رد بعضهم	٣٢٢ ١٥٠ هدايا المال
٢٧٤ ١٢٠ يقدم الأخ للابوين في الوقف	٣٢٢ ١٥٠ الهدية لمن شفع له شفاعته
المقدم فيه بالقرب	٣٢٣ ١٥١ البية التي يراد بها الثواب
٢٧٧ ١٢٢ لو وقف على بعض أولاده	٣٢٧ ١٥٣ الرجوع في الهبة
٢٨٤ ١٢٦ لو وقف المسلم على قرابته وأهل قرابته	٣٢٧ ١٥٣ الأخذ من مال الولد بغير حاجة
٣١٥ ١٤٣ إبدال الوقف إذا خرب والمسجد إذا باد	وولاية ماله
٣٢٥ ١٥٣ الوقف على الولد يدخل فيه ولد الولد	٣٤٦ ١٥٦ إذا اختلط مال حرام بحلال
باب الهبة	باب اللقطة واللقيط
٣٢ ٠٤١ يصح أن يهبه شيئا ويستثنى نفعه	١٣٨ ٧٥ نفقة اللقطة وفيها نفقة اللقيط
٠٥٢ ٤٠ الهبة قبل القبض	١٦٩ ٨٢ تمام اللقطة إذا جاء مال الكفا
٠٥٢ ٤٠ رجوع الاب	١٩٠ ٨٥ حق الملقط في اللقطة
٠٨٩ ٥٣ تصرف من وهبه المريض	٢٢٠ ٩٥ لو دفع الملقط اللقطة الى واصفها
٠٩٣ ٥٥ لو وهب الاب لولده شيئا	٢٢٤ ٩٧ اللقطة التي لا تملك إذا أجزنا
٠٩٣ ٥٥ لو تصرف الوالد في مال ولده	الصدقة بها
٠٩٣ ٥٥ تصرف السيد في مال عبده	٢٢٤ ٩٧ اللقيط إذا وجد معه مال
١٥٩ ٨١ ما وهبه الاب لولده إذا زاد زيادة	٢٢٦ ٩٧ إذا أراد من يده عين جبل مال كفا
متصله	أن يملكها
١٦٩ ٨٢ رجوع الأب فيما وهبه لولده	٢٢٦ ٩٨ اللقطة يجب دفعها الى واصفها
١٦٩ ٨٢ نافية المريض جميع ماله	٢٢٧ ٩٨ إذا تنازع اثنان أيهما اللقطة
٢٠٦ ٩٠ استيلاء الأب على مال الابن	٣٢٣ ١٥١ لو وجد لقيط وبقره مال
	٣٥٠ ١٦٠ إذا التقط اثنان طفلا واختلعا

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٧٩ ٨٤	باب الوصايا والموارث
١٨٢ ٨٤	لو ولدت الموصى بتنافعها ٢١ ٢٨
٨٤	لو وصى له برطل زيت معين ثم خلطه ٢٢ ٣٠
١٩٠ ٨٥	الموصى بعنقه ٢٣ ٣٢
١٩٣ ٨٥	يصح أن يوصى بركة عين لشخص ٢٤ ٤١
١٩٤ ٨٥	وبتبعها لآخر
١٩٦ ٨٦	الوصية تبطل بإزالة الملك ٤٠ ٥١
٢١٩ ٩٥	الموصى له بهن إذا أنفقها متلف ٤١ ٥٣
٢١٩ ٩٥	الموصى إذا تعدى ٤٥ ٦٥
٢١٩ ٩٥	تصرف الورثة في التركة ٥٣ ٨٨
٢٢٠ ٩٥	تصرف الموصى له في الوصية ٥٥ ٩٥
٢٢٤ ٩٦	صححة الوصية لمن ثبتت أهليته ٥٦ ٩٦
٢٢٤ ٩٦	إذا وجدت الحرية عقب موت الموروث ٥٧ ٩٨
٢٣٠ ١٠٢	إذا مات الذمي وله أطفال صفار ٥٧ ٩٨
٢٣٣ ١٠٤	حكم بإسلام الولد وورث منه ٥٧ ١٠٠
٢٣٥ ١٠٥	توريث الطفل المحكوم بإسلامه ٦٠ ١١٠
٢٣٨ ١٠٦	الموصى إليه هل له رد بعد القبول ٧٠ ١٣٠
٢٣٩ ١٠٧	لو وصى لعبد بثلث ماله ٧٥ ١٤١
٢٣٩ ١٠٧	لو قضى أحد الورثة الدين عن الميت ٧٧ ١٤٩
٢٤٠ ١٠٨	إذا بنى الوارث في الأرض الموصى بها ٨٢ ١٦٤
٢٤٥ ١١٠	الموصى بشفقة إذا كسب ٨٢ ١٦٤
٢٦١ ١١٥	الموصى بوقفه إذا بنا ٨٢ ١٦٥
٢٦٢ ١١٥	الموصى به لمعين ٨٢ ١٦٦
٢٦٥ ١١٦	الموصى بشفقة أو وقفها إذا ولدت ٨٢ ١٧٢
٢٦٧ ١١٧	تركة من عليه دين إذا تعلق بها ٨٤ ١٧٨
٢٦٨ ١١٧	حق الغرماء
٢٦٨ ١١٧	الحلل هل له حكم
١٧٩ ٨٤	إذا كان لرجل زوجة ولها ولد من غيره فوات
١٨٢ ٨٤	ثبوت الملك للحمل بالوصية
٨٤	الحمل يملك الميراث
٨٥	الموصى له بعد موت الموصى
٨٥	تعلق حق الغرماء بالتركة
٨٥	تعلق حق الموصى له بالمال
٨٦	الوصية بالمنافع
٩٥	إذا أوصى لرجل بتفريق ثلثه
٩٥	لو وصى لشخص بشئ فلم يعرف
٩٥	لو اشترى الورثة عبداً من التركة
٩٥	لو مضى على المفقود زمن يجوز فيه قسمة ماله
٩٦	إذا دفع أجنبي عينا موصى بها إلى مستحقها
١٠٢	قبل الموصى له الوصية
١٠٤	أجازة الوصية
١٠٥	الوصية لجاره محمد
١٠٦	مال من لا يعلم له وارث
١٠٧	الإجازة لفلان ولبن يولد له
١٠٧	الإجازة لمن يولد لفلان ابتداء
١٠٨	الموارثان إذا ماتا جميعا
١١٠	لو امتنع الموصى له من القبول والرد
١١٥	العصباء مجتمعون في الميراث
١١٥	ذوو القروض
١١٥	الوصايا المزدحمة
١١٦	ملك الموصى له إذا قبل
١١٧	الوصية لمن هو في الظاهر وارث
١١٧	إذا أوصى إلى فاسق
١١٧	لو أوصى له بدار ثم انتهت

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
٢٧٠	١١٩	لو وصى لزيد بخاتم ولا آخر بفصه	١٢٩
٢٧١	١١٩	لو وصى بثلاثة لأرجل ووصى لآخر	١٢٩
		بمقتدر	١٣٥
٢٧٢	١١٩	إذا أوصى لزيد بشئ وللفقراء بشئ	٣٢١
٢٧٢	١١٩	لو وصى للفقراء وورثته فقراء	٣٦٢
٢٧٢	١١٩	الموارث بأسياب متعددة	٣٦٢
٢٧٣	١٢٠	يرجع الاخ للائوين على الاخ	٣٦٢
		للاب في الميراث	٣٦٢
٢٧٦	١٢٢	لو وصى لأقاربه	١٠
٢٧٧	١٢٢	لو وصى لأقاربه غيره	١٣
٢٧٧	١٢٣	لو وصى لأقاربه لم يدخل فيهم	١٧
		الوارثون	١٨
٣١٤	١٤٢	لو وصى له بدار فانتهمت فأعادها	٢١
٣١٧	١٤٤	قبرل الوصية	٣١
٣١٩	١٤٥	المتوتة في مرض الموت	٣٢
٣١٩	١٤٥	لومات مسلم وزوجته ذمية فأسلت	٣٢
		في العدة ورثت	٣٣
٣٢٠	١٤٧	أحكام النساء على النصف من أحكام	٣٣
		الرجال في الميراث	٣٨
٣٢٠	١٤٨	قاعدة من أدلى بوارث وقام مقامه	٣٨
		سقط به	٤١
٣٢١	١٤٩	من له وارث معين ليس له أن	٤٢
		يوصى بأكثر من ثلثه	٤٢
٣٢٥	١٥٣	جر الولاء	٦٨
٣٢٦	١٥٣	الوصية لولده حكمها حكم الوقف	٩٠
٣٢٦	١٥٣	ميراث ولد الولد	٩١
٣٥١	١٦٠	إذا أوصى لزيد بعبد من عبيده	٩٥
		كتاب الفقه والصدقة	٩٥
١٢٩	٧٠	المأثرون في الصدقة هل له أن يأخذ	٩٦
		لنفسه	٩٦
		كتاب النكاح وما يتعلق به	
		إذا نكح المسر الخائف العنت	٧
		الفاط النكاح تنعقد بفهر العرية	١٠
		لو أصدقها تعاليم سورة	١٣
		لو تزوج بكر فأدهت أنه عنين	١٣
		لو أصدقها شعرا فأثمرت	١٦
		بذل الضيافة الواجبة إذا امتنع منها	٢٣
		المولى إذا امتنع من الفته	٢٣
		العنين إذا أعتقت جدته	٢٣
		الولى في النكاح إذا امتنع من التزويج	٢٣
		إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة	٢٣
		لو تزوج امرأة ثم دفعها هو وأجنبي	٢٨
		فأذهب عذرتها	٢٨
		عوض الصداق والخلع على مال	٣٢
		إذا أعتقت الأمة المروجة	٣٤
		لو أذن السيد في النكاح	٤٥
		النكاح الفاسد	٤٧
		وطء العبد زوجته إذا أعتقت	٥٤
		تصرف الزوجة في نصف الصداق	٥٤
		إذا أعتق السيد أمته وجعل عتقها	٥٦
		صداقها	٩٥
		لو وجدت الكفافة في النكاح حال	٥٦
		العقد	٥٦

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	واحد	صفحة قاعدة
٩٨	٥٧	لو أعتق الزوجان معا	٩٨
١٠٠	٥٧	إذا تزوج العادم للطول في عقد	١٠٠
		واحد حرة وأمة	
١٠٣	٥٧	لو أصدقها مائة درهم ثم طلقها قبل الدخول	١٠٣
١١٥	٦٣	فسخ المتعة تحت عید	١١٥
١١٩	٦٧	لو أصدق زوجته عينا فوهبتها له ثم طلقها	١١٩
١٢٤	٦٩	لو أصدقها عملا معلوما مقدرا	١٢٤
١٢٨	٧٠	الوكيل في نكاح المرأة ليس له أن يزوجها لنفسه	١٢٨
١٥٩	٨١	إذا أصدقها شيئا فزاد زيادة متصلة	١٥٩
١٧٠	٨٢	نماء عود الصداق إلى الزوج أو نصفه قبل الدخول	١٧٠
١٨٩	٨٥	حق الزوج في نصف الصداق إذا طلق	١٨٩
١٩٧	٨٦	أكل الضيف لطعام المضيف	١٩٧
١٩٧	٨٦	عقد النكاح هل هو ملك منفعة	١٩٧
٢٣٠	١٠٢	من تزوج امرأة في عدتها	٢٣٠
٢٣٠	١٠٢	من تزوجت بعبدها	٢٣٠
٢٣٥	١٠٥	ورود عقد النكاح على اسم لا يتميز	٢٣٥
٢٣٨	١٠٦	إذا اشترت أخته بنساء أهل مصر	٢٣٨
٢٤٠	١٠٨	إذا زوج الوليان	٢٤٠
٢٤٠	١٠٨	إذا أسلم الزوجان الكافران قبل الدخول	٢٤٠
٢٤١	١٠٩	إذا اشترت أخته بعبد مخصص	٢٤١
٢٤٢	١٠٩	إذا أسلم الكافر وتحتة أكثر من أربع نسوة	٢٤٢
٢٤٢	١٠٩	إذا زنا بامرأة وله أربع نسوة	٢٤٢
٢٤٢	١٠٩	إذا تزوج خمسا أو اثنتين في عقد	٢٤٢
		المولى يتزوج الغريبة يفرق بينهما	

صفحة	قاعدة	صفحة	قاعدة
٣٥٥	١٦٠ إذا زف إليه امرأتان معا	٣٢٤	١٥١ وإن كان أهدى هدية
٣٥٥	١٦٠ إذا أراد السفر بأحدى زوجتيه	٣٢٤	١٥١ لو اختلف الزوجان في قدر المهر
٣٥٨	١٦٠ إذا آتى من واحدة معينة من نسائه واشتبهت عليه	٣٢٤	١٥٢ المحرمات بالنسب
		٣٢٤	١٥٢ المحرمات في النكاح أربعة
		٣٢٤	١٥٢ المحرمات بالعصر
		٣٢٥	١٥٢ المحرمات بالجمع
		٣٢٥	١٥٣ وجوب اعفاف الولد على والده
		٣٢٥	١٥٣ المحرمات في النكاح كالبنات وحلائل الأبناء
		٣٢٥	١٥٣ ولاية النكاح للجد
		٣٢٧	١٥٣ ولد الولد في ولاية النكاح
		٣٢٧	١٥٤ لو أسفد مفسد نكاح امرأة
		٣٢٨	١٥٤ امرأة المفقود إذا تزوجت بعد المدة ثم قدم المفقود
		٣٣١	١٥٦ قاعدة فيما يتنصف به المهر قبل استقراره
		٣٣٧	١٥٨ إذا أسلم الزوجان بعد الدخول واختلعا
		٣٤٢	١٥٩ امرأة المفقود تزوج بعد انتظار أربع سنين
		٣٤٥	١٥٩ إذا اختلف الزوجان في المهر ولا بينة
		٣٤٥	١٥٩ إذا أسلم الزوجان قبل الدخول واختلعا
		٣٤٥	١٥٩ إذا خلا بامرأة وصدقته لم يطأها
		٣٤٦	١٥٩ لو زوج رجل وليته ثم ظهرت معيبة
		٣٥٢	١٦٠ لو زوج وليان من اثنين
		٣٥٥	١٦٠ إذا أصدقها عبداً من عبيده
		٣٥٥	١٦٠ إذا دعه اثنتان إلى وليمة عرس
			(١) كذا وفي الأصول بالكناية

باب الخلع والطلاق والرجعة

١٣	١٧ لو ولدت المطلقة الرجعية
١٤	١٨ أن كان هذا الطائر غراباً فلم رأي طائر
١٥	٢٠ لو قال لامرأته في غضب اعتدى
١٦	٢١ لو طلقها قبل الدخول
٣٨	٥٠ قال أنت على حرام أعني به الطلاق
٣٩	٥٠ الرجعة بالكناية (١)
٤٠	٥٢ رجوع الزوج في نصف الصداق
٤٠	٥٢ صفة الطلاق تعود بمود النكاح
٥٤	٩١ تصرف الزوجة في نصف الصداق إذا طلق قبل الدخول
٥٥	٩٥ المطلقة الرجعية في رجعتها بالوطء
٥٧	٩٧ لو قال لامرأته أنت طالق مع انقضاء عدتك
٥٧	٩٧ أنت طالق بعد موتي
٥٧	٩٨ لو قال زوج الأمة إن ملكتك فأنت طالق
٥٧	١٠١ إذا تزوج أمة ثم قال إن اشتريتك فأنت طالق
٥٧	١٠١ قال لغير المدخول بها إن كلمتك فأنت طالق
٥٧	١٠١ إذا قال لامرأته واحداً من غير مدخول بها إن حلفت بطلاقكما

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
فأنتما طالقان	١١٥	٦٣
الطلاق والحلع يصح مع الاجني	١١٦	٦٤
لو قال لزوجته إن خرجت بغير	١١٧	٦٥
اذنى فأنت طالق	١٢٢	٦٨
لو طلق امرأة يظنها اجنية	١٢٩	٧٠
الرجعة في نكاح شك في وقوع	١٤٨	٧٧
الطلاق فيه	١٧٩	٨٤
من دخل داري أو قل من دخل	١٨٣	٨٤
دارك	٢٣٠	١٠٢
إذا أصدقها أرضاً فغرس فيها ثم	٢٣٢	١٠٤
طلقها قبل الدخول	٢٣٢	١٠٤
إذا قال لزوجته إن كنت حاملاً فأنك	٢٣٣	١٠٤
طالق	٢٣٣	١٠٢
اللعان على الحمل	٢٣٨	١٠٦
المطلق في مرضه	٢٤١	١٠٩
طلق احدى زوجانه	٢٤١	١٠٩
إذا طلق بلفظ اعجمي	٢٤١	١٠٩
إذا طلق العجمي بلفظ الطلاق	٢٤١	١٠٩
إذا قال لامرأته أنت طالق مثل	٢٤١	١٠٩
ماطلق فلان	٢٤١	١٠٩
إذا طلق واحدة من نسائه وأنسها	٢٤١	١٠٩
إذا طلق واحدة مهمة	٢٤١	١٠٩
إذا اشبهت المطلقة ثلاثاً	٢٤١	١٠٩
لو حلف بالطلاق أن لا ياكل	٢٤١	١٠٩
تمريرة فاختلطت	٢٤١	١٠٩
لو حلف بطلاق زوجاته أن لا يوطأ	٢٤١	١٠٩
واحدة منهن	٢٤١	١٠٩
إن خرجت من الدار بغير اذنى	٢٤١	١٠٩
فأنت طالق	٢٤١	١٠٩
قال لزوجته إن أكلتاه هذين	٢٤١	١٠٩
الرفيقين فأنتما طالقان	٢٤٧	١١٣
إن كلفتما زبياً أو كلفت امرأ	٢٤٧	١١٣
فأنتما طالقان	٢٥٧	١١٣
إذا علق طلاق بعض نسائه	٢٦١	١١٤
لو أوقع طلاقاً بامرأة ثم قال لامرأة	٢٦٨	١١٧
أخرى أشركتك	٢٦٨	١١٧
إذا علق طلاق امرأته في صحته	٢٦٨	١١٧
لو قال العبد لزوجته إن دخلت	٢٦٨	١١٧
الدار فأنك طالق	٢٦٨	١١٧
لو علق طلاق امرأته قبل الدخول	٢٦٨	١١٧
إذا علق الطلاق بالنكاح	٢٦٨	١١٨
في تعاقب الطلاق	٢٧٢	١١٩
لو قالت له زوجته تزوجت على	٢٧٩	١٢٤
فقال كل امرأة لي طالق	٢٧٩	١٢٥
لو قال لزوجته إن رأيتك تدخلين	٢٧٩	١٢٥
هذه الدار فأنك طالق	٢٨٠	١٢٥
لو طلق امرأة طليقة رجعية وحلف	٢٨٠	١٢٥
لا يراجعا	٢٨٠	١٢٥
نسائي طوائق ويستثنى بقلبه واحدة	٢٨٠	١٢٥
لو قال لزوجته إن لم يمسك ثوباً	٢٨٠	١٢٥
فأنك طالق	٢٨١	١٢٥
لو قال أنت طالق ونوى ثلاثاً	٢٨٢	١٢٥
أنت طالق ثلاثاً واستثنى بقلبه	٢٨٢	١٢٥
نسائي الأربع طوائق	٢٨٣	١٢٦
تزوجت على امرأتك فقال كل امرأة	٢٨٣	١٢٦
لي طالق	٢٨٣	١٢٦
لو علق الطلاق بالولادة فشهد بها	٢٨٣	١٢٦
النساء	٢٨٣	١٢٦
إذا جاء رأس الشهر فأنك طالق	٢٨٣	١٢٦
بألف	٢٨٣	١٢٦

قاعدة	صفحة	قاعدة	صفحة
٢٩٩	١٣٣	قال من أسلم على أكثر من أربع زوجات قل بما أسألت واحدة تنكر فهي طالق	٣٥٧ ١٦٠
٣٠٠	١٣٣	لو طلق واحدة معينة من نساءه ثم مات ولم يعلم حينها	٣٥٧ ١٦٠
٣١٩	١٤٥	لو طلق المدخول بها طلاقاً بائناً ثم نكحها في العدة ثم طلقها قبل الدخول	٣٥٧ ١٦٠
٣٢٠	١٤٦	الطلاق في مدة العدة بدعة	٣٥٧ ١٦٠
٣٢٣	١٥١	كنايات الطلاق في حال النضب	
٣٢٩	١٥٤	إذا طلق رجل امرأة في العدة	
٣٢٩	١٥٤	خلع المسلم زوجته بحرم	
٣٢٩	١٥٤	مخالعة الأب ابنة الصغيرة	
٣٢٩	١٥٤	إذا قال لزوجته أنت طالق بآلف فلم تقبل	
٣٣٧	١٥٨	إذا حلق الطلاق على عدم شيء وشك في وجوده	
٣٤٣	١٥٩	إذا قال الطلاق ياربي فليزمه واحدة	
٣٤٨	١٥٩	زوجتي طالق أو عبدي حر	
٣٥١	١٦٠	إذا مات عن زوجات وقد طلق أحدها	
٣٥٤	١٦٠	إذا أسلم على أكثر من أربع نسوة ثم طلق الجميع ثلاثاً	
٣٥٥	١٦٠	لو طلق واحدة من نساءه مبينة	
٣٥٦	١٦٠	إذا طلق واحدة من نساءه معينة ثم أنسبها أو جعلها ابتداء كمن قال إن كان هذا الطائر غراباً فقلالة طالق وإن لم يكن فقلالة طالق فطار ولم يعرف ما كان	
٣٥٦	١٦٠	لو رأى رجلاً طائراً فقال أحدها إن كان غراباً فامرأتي طالق وقال الآخر	
		ان لم يكن غراباً فامرأتي طالق	
		إذا قال أنت طالق قبل موتي بشهر	
		إذا قال لامرأته إن ولدت ذكراً فانت طالق وإن ولدت أنثى فانت طالق	
		إذا قال إن كنت حاملاً فانت طالق	
		إذا قال أنت طالق ليلة القدر	
		إذا قال لزوجاته الأربع أيتكن لم أطأها الليلة فصواحبها طوائق	
		كتاب العدد	
	٩	٧	ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه
	٩٧	٥٦	عدة أم الولد إذا توفي سيدها
	١١٧	٦٥	لو تزوجت امرأة المفقود ثم تبين أنه كان ميتاً
	٣١٩	١٤٥	العدتان من رجل لا يتداخلان
	٣٢٠	١٤٦	تفارق المطلقة الرجعية الزوجات في إباحتها في مدة العدة
	٣٢٠	١٤٦	إذا علقت الرجعية في مدة العدة بولد
	٣٢٠	١٤٦	المعتقة من أجنبي
	٣٢٠	١٤٦	لو مات زوج الرجعية فهل تنتقل إلى عدة الوفاة
	٣٣٥	١٥٧	الرجعية إذا اعتقت أو توفي زوجها انتقلت إلى عدة حرة
	٣٣٥	١٥٧	إذا كان تحت عبد مشترك إمام فأسدروا عتقن فإن عتقن عدة حرائر
	٣٣٥	١٥٧	المرتد إذا قتل في عدة امرأة فإنها تستأنف عدة الوفاة
	٣٣٥	١٥٧	لو أسلمت امرأة كافر ثم مات قبل انقضاء العدة

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
باب الرضاع والنفقة	٢٤٥ ١١١
١٣٨ ٧٥ نفقة الرقيق والزوجات والاقارب	٢٦٥ ١١٥
والبيئات	٢٦٥ ١١٦
٢٩ ٢٣ اللبن المشوب بالماء	٢٨٥ ١٢٧
٣٢ ٢٣ نفقة الزوجة الواجبة	٢٨٥ ١٢٧
٣٣ ٢٣ اذا امتنع من الاتفاق على بهائم	٢٨٥ ١٢٧
١٣٣ ٧٤ النكاح تقع النفقة فيه عوضا	٢٨٥ ١٢٧
١٨١ ٨٤ وجوب نفقة الاقارب على الحمل	٢٨٥ ١٢٧
٢٢١ ٩٥ لو قبضت المطلقة البائن النفقة	٢٨٧ ١٢٧
٢٣٩ ١٠٣ اذا ترك المرتضع الثدي بغير اختياره	٢٨٧ ١٢٧
٢٩٦ ١٣٠ نفقة الاقارب لاتباع فيها النار	٢٨٧ ١٢٧
٢٩٧ ١٣٢ القدرة على الكسب تمنع وجوب	٢٨٨ ١٢٨
نفقته	٢٨٩ ١٢٨
٣٢٧ ١٥٣ الحضانة للجد أولى رجالها بعد الأب	٢٨٩ ١٢٨
٣٢٧ ١٥٣ الاضرار بالنفقة مع عدم وارث	٢٨٩ ١٢٨
غيره موسر	٢٨٩ ١٢٨
٣٦٠ ١٦٠ النكاح إذا بلغ سبع سنين	٢٩٠ ١٢٨
باب الجراح وما يتعلق به	٢٩٠ ١٢٨
١٦ ١٣ لو جرح آدميا معصوما ثم مات	٢٩٠ ١٢٨
٣٧ ٢٨ لو اقتصر من الجاني ثم جرحه	٢٩١ ١٢٩
٣٨ ٢٨ لو اشتراك في جرم آدمي مقتص	٢٩٢ ١٢٩
وغيره فهل تصب على شريكه المقتص	٢٩٢ ١٢٩
كمال الدية	٢٩٢ ١٢٩
١١٧ ٦٥ لو جرحه جرحا فعفى عن السراية	٢٩٨ ١٣٢
قرا	٣٠٣ ١٣٢
١٨٤ ٨٤ وجوب الغرة بقتل الحمل	٣٠٤ ١٣٧
١٨٥ ٨٤ هل يوصف قتل الجنين بالمعدية	٣٠٤ ١٣٧
٢٤٥ ١١٠ لو عفا مستحق القصاص وقتلنا	٣٠٤ ١٣٧
الواجب أحد امرين	٣٠٤ ١٣٧

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٣٧	٣٧	٣٠٤ الثانية في العفو عن القصاص
٣٧	٣٧	٣٠٦ عفو الورثة عن القصاص
٢٠٧	٢٠٧	٣٠٦ عفو المريض عن القصاص
١٠٢	٢٣٠	٣٠٦ عفو المساكين عن القصاص
١٠٢	٢٣٠	٣٠٦ إذا عفى لأورث عن العبد الجاني
١٠٣	٢٣١	٣٠٦ إذا قتل العبد الموصى به لمعين فهل للورثة العفو
١٢٦	٢٨٣	٣٠٦ العفو عن الوارث الجاني
١٣٩	٣١١	٣٠٧ الثالثة الصلح عن موجب الجنابة
١٤٠	٣١١	٣٠٧ هل يصح الصلح على أكثر من الدية
١٤٠	٣١٢	٣٠٧ لو صالح عن دم العبد بشقص
١٤٠	٣١٢	٣٠٨ لو قتل عبده عبداً
١٤٠	٣١٢	٣٠٩ إذا قتل رجلاً عبداً ثم قتل القاتل
١٤٤	٣١٢	٣١١ إذا قتل مسلم ذمياً عبداً
١٥١	٣٢٣	٣١٢ إذا قلع الأذنين الصحيح
١٥١	٣٢٣	٣١٢ الصغير إذا قتل عبداً
١٥٣	٣٢٥	٣١٣ لو قلع سنه أو قطع أذنه وأعاد
١٥٩	٣٤٠	٣١٣ في الحال فثبت
١٥٩	٣٤٣	٣١٣ لو قلع ظفر آدمي أو شعره ثم عاد
باب الجهاد		٣١٨ القصاص فيما دون النفس لا يورث بدون مطالبة
١٦	٢١	٣٢٠ أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في الدية
٤٠	٥١	٣٢٥ امتناع القصاص بين الأب وولده
٥٣	٨٨	٣٦٠ إذا امتنع القود جماعة
٧٢	١٣٤	باب الحدود
٧٤	١٣٥	٢٩ لو خطب خيراً بما واستهلك فيه ثم شربه
٨٢	١٧١	٣٦ لو صالح عليه نفسه بالقتل
٨٤	١٧٩	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٢٢٩ ١٠٠ الأكل من أضحية النذر	٨ ٦ إذا كفر العاجز عن الصيام
٢٣٠ ١٠٢ ذبح الصيد في حق المحرم	١٠ ٧ من شرع في صيام كفارة ظهار
٢٣٠ ١٠٢ من اصطاد صيداً قبل أن يحل	أربعين
٢٤١ ١٠٩ لو اشتبهت ميتة بمذكاة	١١ ٨ عتق بعض الرقبة في الكفارة
٢٩٠ ١٢٨ لو جرح صيداً في الحل ثم دخل الحرم	١٧ ١٣ لو قال في مرضه إن مت فسلم حر
٢٩١ ١٢٨ لو جرح صيداً في الحرم فخرج إلى الحل	٢١ ١٦ وإن برئت ففانم حر
٢٩٢ ١٢٩ لو رمى الحلال إلى صيد ثم أحرم	٢٤ ١٨ كفارة اليمين أو الظهار
٢٩٣ ١٢٩ لو رمى الحلال صيداً في الحرم	٢٤ ١٨ إذا نذر الحج من عليه حج الفرض
٢٩٤ ١٢٩ هل الاعتبار في حل الصيد بأهلية الراي أم بالاصابة	٢٤ ١٨ إذا نذر صوم شهر وقدم رمضان
٣٠٠ ١٣٤ منع تحمير الحل ابتداء	٢٤ ١٨ نذر الصدقة بنصاب المال
٣٠٠ ١٣٤ ذبح الحيوان المأكول	٢٦ ١٨ اجتماع الأسباب الموجبة للكفارات
٣٠٨ ١٣٨ الصيد في حق المحرم	٣٠ ٢٢ لو حلف لا يأكل حنطة فأكمل
٣١٠ ١٣٨ لو عين أضحية أو هديا	شعيراً فيه حبات حنطة
١١٢ ١٤١ لو أنفك الأضحية أو الهدى	٣٠ ٢٢ لو حلف لا يأكل شيئاً واستهلك في غيره فأكله
٣١٥ ١٤٣ لو أبدل جلود الأضاحي	٣٧ ٢٧ لو أكره على الحلف يمين لحق نفسه
٣٣٨ ١٥٨ إذا رمى صيداً فجره ثم غاب عنه ووجده ميتاً	٤٠ ٣٩ لو نذر اعتكافاً في شهر رمضان
أبواب الإيمان، والنذور، والكفارات	١٠٥ ٥٨ إذا وطئ امرأته فحاضت فنزع
١ ٤ لو حلف لا يقف في هذا الماء	١٠٥ ٥٨ لو حلف لا يأكل مما اشتراه فلان
٥ ٢ لو أضاف طلاقاً أو عتاقاً إلى الشعر	١٦٨ ٨٢ لو نذر الصدقة بمال معين
٦ ٣ إذا كفر الواطئ في الحيض يدينار	٢٢٩ ١٠١ لو نذر صلاة قبل يجزئه ركة
٦ ٤ كفارات الاحرام وكفارات اليمين	٢٢٩ ١٠١ لو أعنت في الكفارة نصفه رقتين
٧ ٤ اخراج كفارة القتل	٢٢٩ ١٠١ لو كفر يمينه بأطعام خمسة مساكين
٧ ٤ النذر المطلق	٢٢٩ ١٠١ لو كفر في منقطورات الحج بصيام
٧ ٥ إذا كفر بالصيام قبل الحنث	٢٣٢ ١٠٤ إذا حلف أيمان البيعة تلزمي
٧ ٥ إذا كفر المتمتع بالصوم	٢٣٢ ١٠٤ إذا قال إنا المسلمين تلزمي
	٢٤٢ ١٠٩ لو قال لزوجاته الأربع والله لا وطئكن

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
٢٦٩ ١١٨ تعليق النذر بالملك	٢٨٤ ١٢٦ لو حلف لا يسلم على فلان
٢٧٤ ١٢١ لو حلف لا يأكل الرؤوس	٢٨٤ ١٢٦ لو قال ما أحل الله على حرام
٢٧٤ ١٢١ لو حلف لا يأكل البيض	٢٩٦ ١٣٠ التكفير بالسالم
٢٧٥ ١٢١ لو حلف لا يأكل اللحم فأكل السمك	٢٩٨ ١٣٣ لو حلف بالطلاق على حديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قاله فرواه واحد
٢٧٥ ١٢١ لو حلف لا يدخل بيتاً فدخل المسجد	٢٩٨ ١٣٣ لو حلف بالطلاق أنه ما غضب شيئاً ثم ثبت بشاهد ويمين
٢٧٥ ١٢١ لو حلف لا يشم الريحان	٣١٠ ١٣٨ لو نذر عتق عبد معين
٢٧٥ ١٢١ لو حلف لا يأكل لحم بقرة	٣١١ ١٦٠ إذا حلف يمين ولم يدرك الأيمان هي
٢٧٦ ١٢١ لو حلف لا مال له	٣٦٢ ١٦٠ إذا تناضل رجلان حران واقسموا الرجال
٢٧٧ ١٢٢ لو حلف لا يأكل من هذه الشجرة	باب القضاء والشهادات وما يتعلق به
٢٧٧ ١٢٣ إذا نذر صوم الدهر	٩ ٦ إذا حكم بشهادة عدلين
٢٧٧ ١٢٣ لو حلف لا يأكل كل لحما	١٦ ١٣ لو ادعى رق يجهول النسب
٢٧٨ ١٢٣ لو نذر اعتكاف شهر	١٧ ١٣ لو قال رجل هذا ابني من زوجتي
٢٧٨ ١٢٤ لو حلف لا يصطاد من نهر لظلم	١٨ ١٣ لو ادعى صاحب الزرع أن غنم فلان نقتل فيه
٢٧٨ ١٢٤ لو حلف لا يكلم صبياً	٢١ ١٦ تعذر وجود المثل وحكم الحاكم بالقيمة
٢٧٨ ١٢٤ لو ادعى إلى غداً فحلف أن لا يتعدى	٣٢ ٧٣ طلب القسمة التي تلزمه الإجابة عليها
٢٧٨ ١٢٤ لو حلف لا رأيت منكراً إلا رفعته إلى فلان القاضي	٣٤ ٢٥ لو ثبت له ملك أمة في يد غيره ومعها ولد
٢٧٩ ١٢٤ لو حلف على عبده لا يخرج إلا بإذنه	٣٥ ٢٥ لو ثبت ملك أرض في يد غيره وفيها شجر
٢٧٩ ١٢٥ لو حلف على زوجته لا تترك هذا الصبي يخرج	٩٦ ٥٦ لو ادعى أنه وكيل لزيد
٢٨٠ ١٢٥ لو حلف أن لا يضربه	١١٣ ٦١ قاعدة المتصرف تصرفاً كاملاً كالإمام
٢٨٠ ١٢٥ لو حلف لا يكلم امرأته	هل تصرفه بطريق الوكالة لهم أو بطريق الولاية
٢٨٠ ١٢٥ لو حلف لا يشرب له الماء	١١٥ ٦٢ الحاكم إذا قيل بأنعزله
٢٨٠ ١٢٥ لو حلف لا يدخل هذا البيت	
٢٨٠ ١٢٥ لو حلف على زوجته لا تخرج من بيته	
٢٨١ ١٢٥ إذا نذر الصدقة بمال أو نوى قدراً معيناً	
٢٨٣ ١٢٦ لو قال عصيت الله فيما أمرني به	

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة
١٢٠ ٦٧	لو شهد شاهدان بمال لزيد ثم رجعا
١٢٢ ٦٨	لو حكم الحاكم في مختلف فيه
١٢٣ ٦٨	الحكم بإسلام من اتهم بالردة
١٣١ ٧١	الحاكم أو أمينه هل لهم الأكل
	من مال اليتيم
١٤٤ ٧٦	إذا طلب أحد الشريكين قسمة
	ما يقبل القسمة
١٤٥ ٧٦	قسمة المنافع بالمهاياة
٢١٨ ٩٥	لو شهد شاهدان بموت زيد
٢١٨ ٩٥	لو حكم الحاكم بمال ثم رجع الشهود
٢١٨ ٩٥	لو حكم الحاكم بمال ثم تبين فسق
	الشهود
٢٢٧ ٩٨	تداعي المؤجر والمستأجر دفينا في
	الدار
٢٣٤ ١٠٥	الدعوى بالمبهم
٢٣٤ ١٠٥	الشهادة بالمبهم
٢٣٦ ١٠٥	اشتباه المدعى عليه
٢٤٠ ١٠٨	إذا كان في يد رجل عبد فادعى
	رجلان كل منهما أنه اشتراه
٢٤٥ ١١٠	لو ادعى عليه فأنكر وتكل عن
	اليدين
٢٤٥ ١١٠	لو نكل المدعى عليه عن الجواب
٢٤٦ ١١١	لو ادعى حراة عبد على شخص
٢٤٦ ١١١	لو شهد رجل وأمرأتان بقتل عبد
	عمدا
٢٨٤ ١٢٦	لوتهايا المعتق بعضه هو وسيده
٢٩٨ ١٣٣	شهادة النساء بالولادة
٢٩٨ ١٣٣	شهادة امرأة على الرضاع
٢٩٨ ١٣٣	شهادة النساء على إسقاط الجنين
	بالضربة
١٣٣ ٣٢٠	لو شهد واحد بروية هلال رمضان
١٣٣ ٣٢٠	لو ادعى المسكاتب أداء آخر نجوم
	الكتابة
١٤٧ ٣٢٠	أحكام النساء على النصف من أحكام
	الرجال في الشهادات
١٥١ ٣٢٤	لو تنازع الزوجان في مناع البيت
١٥١ ٣٢٤	لو ادعى دعوى يشهد الظاهر بخلافها
١٥٤ ٣٢٨	شهود الطلاق إذا رجعوا
١٥٨ ٣٣٨	لو قتل من لا يعرف ثم ادعى رقه
	أو كفره
١٥٨ ٣٣٨	لو شهدت بيعة بالنكاح وقد ثبت
	الطلاق
١٥٩ ٣٣٩	شهادة عدلين بشغل ذمة
١٥٩ ٣٣٩	شهادة عدلين ببراءة ذمة
١٥٩ ٣٣٩	شهادة الواحد العدل بروية هلال
	رمضان
١٥٩ ٣٤٠	إذا ادعت الزوجة بعد طول مقامها
	نفقة
١٥٩ ٣٤٣	لو ادعت المرأة على رجل أنه
	تزوجها في يوم معين بمهر
١٦٠ ٣٦٢	إذا تنازع اثنان في الإمامة العظمى
١٦٠ ٣٦٢	لو عقدت الإمامة لاثنتين في عقدتين
١٦٠ ٣٦٢	إذا ولي الإمام قاضيين في بلد
١٦٠ ٣٦٣	إذا هجم الخصوم على القاضي
١٦٠ ٣٦٣	القرعة في القسم
١٦٠ ٣٦٣	إذا تدعى اثنان عينا في يد ثالث
	فأقر لأحدهما مبهما
١٦٠ ٣٦٣	إذا تدعى اثنان عينا ليست في يد
	أحد

صفحة قاعدة	صفحة قاعدة		
٣٦٣	١٦٠	إذا تعارضت اليتان	١٦٤ ٨٢ المكاتبة تملك اكسابها
		كتاب العتق وما يتعلق به	١٦٤ ٨٢ المكاتب يملك اكسابه
١٦	١٣	لو قال لأمة ولها ولد هذا الولد مني	١٦٤ ٨٢ المطلق حقه بموت أو صفة
١٩	١٤	إن كان هذا الطائر غراباً فأمتى حرة	١٦٦ ٨٢ المديرية يتبعها ولدها
		وقال الآخر إن لم يكن غراباً فأمتى حرة	١٧٢ ٨٢ الأمانة الجانية لا تتعلق الجانية بأولادها
		رقاب متعددة	١٨٥ ٨٤ حق الجنين
٢٣	١٧	تعارض حق رقبة نفيسة وعتق	١٨٥ ٨٤ إذا أعتق الأمة الحامل
		رقاب متعددة	١٨٥ ٨٤ حق الأمة واستثنى حملها
٢٨	٢١	هل يتبع الولد أمه في الكتابة الفاسدة	٨٧ لو أعتق عبد عبده
٣٢	٢٣	إذا مثل بعبده يعتقه	٢٤١ ١٠٩ إذا أعتق أمة من إمامته
٣٣	٢٣	الكتابة إذا أوجبناها يسؤال العبد	٢٤٢ ١٠٩ إذا ملك أختين أو أماً وبناتاً
٤١	٣٢	يصح أن يعتق عبده ويستثنى منفعة	٢٤٢ ١٠٩ إذا وطئ أختين واحدة بعد أخرى
٤١	٣٢	إذا كاتب أمة واستثنى منفعة الوطء	٢٤٧ ١١٣ قال لعبديه إن ركبتهما دابتيكما فأنيأ حران
٤٨	٣٧	لو كاتب المدير أو دبر المكاتب	١١٣ إذا كاتب عيدين صفقة بعوض
٥٢	٤٠	التدبير	٢٦٥ ١١٦ إذا كاتب عبداً ثم مات ولم يؤد إليه شيئاً
٥٢	٤٠	صفة العتق تعود	٢٦٦ ١١٦ إذا كاتب المكاتب عبداً
٥٢	٤٠	فراش الأمة يعود	٢٦٧ ١١٧ إذا علق عتق عبده
٦٨	٤٧	الكتابة الفاسدة	٢٦٨ ١١٧ لو قال العبد متى ملكك عبداً فهو حر
٩٦	٥٦	لو كاتب عبده وباعه شيئاً صفقة واحدة	٢٦٩ ١١٨ تعليق العتق بالملك
٩٨	٥٧	عتق العبد المعلق عتقه على يعه	٢٦٩ ١١٨ فسخ التدبير بوجوده
١٠٠	٥٧	إذا قتلت أم الولد سيدها	٢٨٢ ١٢٥ لو قال كل عبد لي حر
١١٥	٦٣	العتق على مال	٢٨٣ ١٢٦ قال لعبيده أتم أحرار وفيهم أم ولد
١١٧	٦٥	لو لقي امرأة فقال تعحي يا حرة	١٩٩ ١٢٣ أعتق عبدك مني وعلى ثمنه
		فإذا هي أمة	٢٠٠ ١٣٣ لو كان له أمتان لكل منهما ولد
١١٧	٦٥	لو أمره باعتاق عبد يظن أنه للآخر	٣٠١ ١٣٤ الاسلام يمنع ابتداء الرق
		فتبين أنه عبده	٣٠٣ ١٣٦ الجمع بين الأختين
١٢٦	٧٠	إذا أذن السيد لعبده أن يعتق عن كفارته من رقيق سيده	

٤
٢

صفحة قاعلة	صفحة قاعلة
٣٠٤ ١٣٧ اذا جنى على المكاتب	٣٠٤ التاسعة : الموقوف عليه هل يملك رقبة الوقف
٣٠٩ ١٣٨ العبد الجاني اذا اعتقه سيده	أم لا
٣١٥ ١٤٣ لو كاتبه على عوض فاداه فبان معيياً	٣٠٩ العاشرة : اجازة الورثة هل تنفيذ للوصية أو
٣١٥ ١٤٣ لو اعتاض عن دين الكتابة	استداء عطية
٣٢٠ ١٤٧ يعدل عتق امرأتين بفتح رجل	٣٠٩ الحادية عشرة : الموصى له هل يملك الوصية
٣٢٣ ١٥١ لو جاء المكاتب سيده بمم كتابته	من حين الموت أو من حين قبوله لها
ثم قال له أنت حر	٣٠٩ الثانية عشرة : الدين هل يمنع اتغال التركة الى
٣٦٥ ١٦٠ الاقتراع في العتق	الورثة أم لا
٣٦٦ ١٦٠ لو قال لأمته أول ماتلديته حر	٤٠٣ الثالثة عشرة : التدبير هل هو وصية أو عتق
٣٦٨ ١٦٠ لو اشتبه عبده بعبء غيره	٤٠٥ الرابعة عشرة : نفقة الحامل هل هي واجبة لها
فصل	أو لحملها
وهذه المسائل الملحقة بالقواعد وعدتها إحدى	٤٠٧ الخامسة عشرة : القتل العمد هل موجه القود
وعشرون مشتهرة فيها اختلاف في المذهب	عيناً أو أحد أمرين
ينبغي على الاختلاف فيها فوائد متعددة	٤٠٧ السادسة عشرة : المرنهل يزول ملكه بالردة
مذكورة في كل مسألة	أم لا
٣٦٨ الأولى : ما يدرك المسبوق في الصلاة هل	٤٠٩ السابعة عشرة : الخفار هل يملكون أموال
هو آخر صلاته أو أولها	المسلمين بالاستيلاء أم لا
٣٧٠ الثانية : الزكاة هل تجب في عين النصاب أو	٤١١ الثامنة عشرة : الغنية هل تملك بالاستيلاء
في دمة ماله	المجرد أم لا بد معه من نية التملك
٣٧٤ الثالثة : المستفاد بعد النصاب في أثناء الحول	٤١٢ التاسعة عشرة : القسمة هل هي افراز أو بيع
٣٧٧ الرابعة : الملك في مدة الخيار	٤١٧ العشرون : التصرفات للغير بغير اذنه هل
٣٧٩ الخامسة : الاقالة هل هي فسخ أو بيع	تقف على اجازته أم لا
٣٨٣ السادسة : التقود هل تعين في العقد أم لا	٤٢١ الحادية والعشرون : الصفقة الواحدة هل
٣٨٦ السابعة : العبد هل يملك بالتملك أم لا	تتفرق فيصح بعضها دون بعض أم لا
٣٩٢ الثامنة : المضارب هل يملك الربح بالظهور	والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب
أم لا	والله المرجع والمآب

